الموسوعة الفقهية المقارنة

التجريد

للإمام أبي الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري

(٣٦٢ – ٤٢٨ هـ)

دراسة وتحقيق

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ. د محمد أحمد سراج

أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية

أ. د علي جمعة محمد

أستاذ أصول الفقه بكلية الدراسات الإسلامية والعربية

بالقاهرة جامعة الأزهر

المجلد الحادي عشر

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

تنويه

قارئنا الكريم حدث خطأ غير مقصود في اسم الكتاب عند بداية الكتب الفقهية حيث جاء اسم الكتاب : موسوعة القواعد الفقهية المقارنة المسماة التجريد : وصوابه [الموسوعة الفقهية المقارنة : التجريد] فللتكرم تصويب نسختك ومن جهتنا سنقوم بتصحيح الخطأ في الطبعة القادمة إن شاء الله

الطبعة الأولى

١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

ش.م.م

تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة أعوام متتالية ١٩٩٩م ، ٢٠٠٠م ، ٢٠٠١م هي عشر الجائزة تتويجًا لعقد ثالث مضى في صناعة النشر

جمهورية مصر العربية - القاهرة - الإسكندرية

الإدارة : القاهرة : ١٩ شارع عمر لطفي موازٍ لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر

هاتف : ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +) فاكس : ٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٤٠٥٤٦٤٢ (٢٠٢ +)

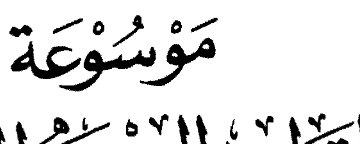
المكتبة : فرع الإسكندرية : ١٢٧ شارع الإسكندر الأكبر - الشاطبي بجوار جمعية الشبان المسلمين

هاتف : ٥٩٣٢٢٠٥ فاكس : ٥٩٣٢٢٠٤ (٢٠٣ +)

بريديًا : القاهرة : ص.ب ١٦١ الغورية - الرمز البريدي ١١٦٣٩

البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com

موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com



موسوعة

القواعد الفقهية المقارنة

المسماة

التجريد

كتاب الجنايات



بسم الله الرحمن الرحيم (١)

كتاب (٢) الجنايات (٣)

(١) ما بين المعكوفتين ليست في النسخ الثلاثة .
(٢) الكتاب لغة : مصدر سمي به المكتوب تسمية للمفعول باسم المصدر على التوسع الشائع . ويعبر عن الإثبات والتقدير والإيجاب والفرض والقضاء بالكتابة . والكتاب قد غلب في العرف العام على جمع من الكلمات المنفردة بالتدوين . وفي عرف النحويين غلب على كتاب سيبويه ، كما يطلق في الشرع على مجموع القرآن الكريم . وفي عرف الأصوليين غلب على أحد أركان الدين . وفي اصطلاح المصنفين : يطلق على طائفة من ألفاظ دالة على مسائل مخصوصة من جنس واحد تحته في الغالب إما الأبواب الدالة على الأنواع منها وإما الفصول الدالة على الأصناف وإما غيرها . انظر : الكليات لأبي البقاء الكفوي (٣٨٦/٢) منشورات وزارة الثقافة السوري دمشق ١٩٧٥م وكشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي (١٢٤١/٣) دار صادر بيروت .
(٣) التمهيد في معنى الجنايات لغة واصطلاحا ، والأدلة على تحريمه : الجنايات جمع الجناية وهي لغة : مصدر جنى بمعنى أذنب ويقال جنى على نفسه وجنى على قومه والذنب على فلان جره إليه ، وجنى الثمرة ونحوها جَنىً وجنيًا تناولها من منبتها ، ويقال جنى الثمرة لفلان وجنى الثمرة فلانا وجنى الذهب جمعه من معدنه ، فهو جانٍ وجناة وجُنَّاءٌ . انظر : المعجم الوسيط (١٤٧/١) مادة جنى مجمع اللغة العربية ط الثالثة ، والمصباح المنير (١٥٤/١) المطبعة الأميرية ١٩٢٥م ط السادسة . أما الجناية اصطلاحًا : ففي المذهب الحنفي : (عبارة عن التعدي الواقع في النفس أو الأطراف) انظر : اللباب في شرح الكتاب للميداني (١٤٠/٣) دار الحديث بيروت ط الرابعة ١٩٧٩م) أو (اسم لفعل محرم حل بنفس وأطراف) انظر : حاشية ابن عابدين (٣٣٩/٥) دار إحياء التراث العربي ط الثانية . وفي المذهب المالكي : (ما يحدثه الرجل على نفسه أو غيره مما يضر حالا أو مآلا) انظر : مواهب الجليل شرح مختصر الخليل للحطاب (٢٧٧/٦) ط مكتبة النجاح ليبيا . وفي المذهب الشافعي : (ما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة) انظر : تكملة المجموع شرح المهذب للشيخ محمد نجيب المطيعي (٣٤٤/١٨) دار الفكر . وفي المذهب الحنبلي : (التعدي على الأبدان بما يوجب قصاصا أو غيره) انظر : كشاف القناع للبهوتي (٢٨٥٧/٨) مكتبة نزار مصطفى الباز تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد ط الثالثة ١٩٩٧م السعودية وقد تعارف أكثر الفقهاء على إطلاق لفظ الجناية على الأفعال الواقعة على نفس الإنسان أو أطرافه ، وسموا الجنايات على الأموال غصبا ونهبا وسرقة وخيانة وإتلافا . فالتعريف الأول أولى لاتفاق الجميع عليها . وقد يسمى بعض الفقهاء كتاب الجنايات بكتاب الدماء كالمالكية نظرا إلى نتيجة الجريمة غالبا ، و بكتاب الجراح كالشافعية والحنابلة الذين اعتبروا الجراحة هي السبب الغالب في الاعتداء ولكن التبويب بالجنايات أولى لشمولها الجناية بالجرح وغيره كالقتل بالمثقل من العصا والحجر وبمسموم وسحر . حكمها : هو التحريم ، وأما أدلة تحريمها : فقد ثبت تحريمها بالكتاب والسنة والإجماع والقياس .
١ - أما الكتاب فآيات كثيرة منها :



مسألة ١٢٩٩

قتل الذمي بالمسلم

٢٦١٩٧ - قال أصحابنا رحمهم الله (١) : يقتل المسلم بالذمي .

٢٦١٩٨ - وقال الشافعي (٢) رحمه الله : لا يجب القصاص على المسلم بقتل كافر (٣)

= قوله تعالى : ﴿ قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُم مِّنْ إِمْلَاقٍ نَّحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾ سورة الأنعام ، الآية رقم ١٥١ . وقوله تعالى : ﴿ وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا ﴾ سورة النساء الآية رقم ٩٣ .

٢ ـ وأما السنة : فأحاديث كثيرة منها :

ما رواه البخاري رحمه الله عن عمرو بن شُرَحبيل قال : قال عبد الله : قال رجل : يا رسول الله أي الذنب أكبر عند الله ، قال : « أن تدعو لله ندا وهو خلقك » قال : ثم أي ؟ قال : « أن تقتل ولدك خشية أن يطعم معك » قال : ثم أي ، قال : « أن تزاني بحليلة جارك » . انظر : صحيح البخاري كتاب الديات (٢٠١٧/٦) برقم ٦٤٦٨ . تعليق مصطفى ديب البغا دار ابن كثير دمشق - بيروت ط الثالثة ١٩٨٧م . وما رواه أيضًا عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ « لن يزال المؤمن في فسحة من دينه ما لم يصب دما حرامًا » انظر : صحيح البخاري كتاب الديات (٢٠١٧/٦) برقم ٦٤٦٩ . أما الإجماع : فقد أجمع الفقهاء على تحريم الجناية على النفس وما دونها ولم يخالف لهم مخالف . أما المعقول : فلأن الجناية لو لم تكن حراما لأدى ذلك إلى سفك الدماء والاعتداء على حقوق الآخرين ونظام المجتمع وأمنه واستقراره وفي ذلك مفسدة عظيمة تتنافى مع مقاصد الشرع وحكمته فاقتضى الضرورة ذلك .

(١) ما بين المعكوفتين ليست في ص ، م ، ن وهكذا في كل ما هو آت مثل : [رضي الله عنه] و [رحمه الله] ونحوها .

(٢) هو أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن الشافع القرشي المطلبي ، الإمام الجليل صاحب المذهب المعروف ، من أشهر مصنفاته « الأم » و « الرسالة » و « أحكام القراءن » . ولد سنة ١٥٠هـ بغزة . وتوفي رحمه الله بمصر سنة ٢٠٤هـ وله ٥٤ سنة . انظر : شذرات الذهب لابن العماد الحنبلي (٩/٢) دار الفكر القاهرة دون سنة الطبع . وتذكرة الحفاظ للذهبي (٣٦١/١) دار إحياء التراث العربي الهند ، وحلية الأولياء للأصفهاني (٦٣/٩) ، دار الفكر بيروت دون سنة الطبع ، وصفة الصفوة لابن الجوزي مكتبة نزار مصطفى الباز مكة المكرمة ١٩٩٦ م .

(٣) اتفق الفقهاء على أن المسلم يقتل بالمسلم والذمي يقتل بالذمي . كما اتفقوا أيضًا على قتل الذمي بالمسلم . واختلفوا في قتل المسلم بالذمي على قولين :

القول الأول : ذهب الإمام أبو حنيفة وأصحابه وابن أبي ليلى وعثمان البتي إلى أن المسلم يقتل بالذمي .

القول الثاني : وذهب الجمهور منهم الإمام مالك والإمام الشافعي والإمام أحمد والظاهرية إلى أن المسلم لا يقتل بالذمي . إلا أن الإمام مالك قال : لا يقتل به إلا أن يقتله غيلة . وقتل الغيلة هو القتل لأخذ المال سواء =

فإن جرحه وهو كافر ثم أسلم اقتص منه [1] .

كان القتل خفية كما لو خدعه فذهب به لمحل فقتله فيه لأخذ المال أم كان القتل ظاهرا على وجه يتعذر معه الغوث ، فقالوا : المسلم إذا قتل الذمي غيلة فإنه يقتل لكن لا على سبيل القصاص بل على أنه مفسدة في الأرض ، وكذلك فإن هذا القتل لا عفو فيه ولا صلح ، وصلح الولي مردود والحكم فيه للإمام . وأما إذا قتله قتلا ليس بغيلة فإنه لا يقتص منه لعدم المكافأة فهو مع الجمهور في هذه الحالة . ولم يفرق الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية بين القتل غيلة وغيره ، وردوا على الإمام مالك بأن قتل الغيلة وغيره سواء في القصاص والعفو ، وذلك للولي دون السلطان لأن النصوص الواردة في القتل لم تفرق بين قتل الغيلة وغيرها ، فعمومها يوجب القتل على سبيل القصاص لا على سبيل الحد . انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٣٠ تحقيق أبو الوفا الأفغاني دار الكتاب العربي القاهرة ١٣٧٠هـ ، وتحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي (١٤٥/٣) تحقيق د . محمد زكي عبد البر مطبعة جامعة دمشق . والمبسوط للسرخسي (١٣١/٢٦) دار المعرفة بيروت ط الثانية والهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني (١٦٠/٤) ط مصطفى البابي الحلبي الطبعة الأخيرة ، وبلغة السالك للصاوي (٣٨١/٢) ، وحاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢٣٧/٤) دار إحياء الكتب العربي ، وبداية المجتهد لابن رشد (٣٩٩/٢) دار الكتب العلمية بيروت ط العاشرة ١٩٨٨م والذخيرة للقرافي (٣٣٢/١٢) تحقيق محمد بو خبزة دار الغرب الإسلامي بيروت ط أولى ١٩٩٤م . الأم للشافعي (٤٠/٦) دار الفكر بيروت ط الثانية ١٩٨٣م ومغني المحتاج للخطيب الشربيني ط مصطفى البابي الحلبي ١٩٥٨م والحاوي الكبير للماوردي (١٠/١٢) تحقيق الشيخ علي محمد معوض وزميله ، دار الكتب العلمية بيروت ط أولى ١٩٩٤م . الإنصاف للمرداوي (٤٧٠/٩) تحقيق محمد حامد الفقي مطبعة السنة المحمدية . وكشاف القناع للبهوتي (٢٨٥/٣) تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد مكتبة نزار مصطفى الباز مكة المكرمة ١٩٩٧م . والمغني والشرح الكبير (٣٤٢/٩) دار الكتاب العربي بيروت ١٩٨٣م والمحلى لابن حزم الأندلسي (١١/١٢) مكتبة الجمهورية العربية مصر ١٩٧١م . هذا وقد ثبت رجوع زفر بن هزيل من الحنفية عن القول بقتل المسلم بالذمي . قال أبو عبيد : « قلت لزفر إنكم تقولون إنا ندرأ الحدود بالشبهات وإنكم جئتم إلى أعظم الشبهات فأقدمتم عليها قال : وما هو ، قلت المسلم يقتل بالكافر : قال : فاشهد أنت على رجوعي عن هذا » . انظر غريب الحديث لأبي عبيد القاسم بن سلام الهروي المتوفى سنة ٢٢٤هـ ١٠٥/٢ دار الفكر العربي بيروت ١٩٧٦م .

(١) إذا قتل الذمي ذميا ثم أسلم القاتل فقد اتفقت المذاهب الأربعة على أنه يقتص منه خلافا للإمام الأوزاعي والإمام أحمد في رواية . وإليك نصوص المذاهب الأربعة :

قال الإمام الكاساني : « ولا خلاف في أن الذمي إذا قتل ذميا ثم أسلم القاتل أنه يقتل به قصاصا » انظر : بدائع الصنائع للكاساني (٢٣٧/٧) دار الكتب العلمية بيروت ط الثانية ١٩٨٦م .

وقال الإمام القرافي نقلًا عن الجواهر : « إذا صادف القتل تكافؤ الدماء لم يسقط القصاص بزواله كالكافرين يسلم أحدهما بعد الجناية . » انظر : الذخيرة (٣٣٢/١٢) وحاشية الدسوقي (٢٣٧/٤) . وقال الخطيب الشربيني : « فلو أسلم الذمي القاتل مكافئا له لم يسقط القصاص لتكافئهما حالة الجناية ، لأن الاعتبار في العقوبات بحال الجناية ولا نظر لما يحدث بعدها . » انظر مغني المحتاج (٦/٤) ونهاية المحتاج للرملي (٢٦٩/٧) مطبعة مصطفى البابي الحلبي . أما الحنابلة فإنهم يرون أنه يقتل به في هذه الحالة على الصحيح من المذهب عندهم ، جاء في الإنصاف : فإنه =

٢٦١٩٩ - لنا : قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ﴾ [١] ولم يشترط في المقتول صفة [٢] .

٢٦٢٠٠ - ولا يقال : إنه خطاب للمؤمنين ، لأنه خاطب المؤمنين الذين عليهم القصاص ولم يشترط الإيمان فيمن له القصاص [٣] .

٢٦٢٠١ - فإن قيل : القصاص المماثلة وليس الذمي مماثلا للمسلم [٤] .

٢٦٢٠٢ - قلنا : القصاص هو المماثلة في الفعل دون المماثلة في المفعول ، ومنه قولهم اقتص أثر فلان [٥] .

= يقتل به على الصحيح من المذهب ، نص عليه ، وعليه جماهير الأصحاب وقيل : لا يقتل به وهو احتمال في المغني وغيره وهو ظاهر نقل بكر ، كإسلام حربي قاتل . انظر : الإنصاف للمرداوي (٤٧٠/٩) . ودليل قول الإمام الأوزاعي قول النبي ﷺ « لا يقتل مؤمن بكافر » ولأنه مؤمن فلا يقتل بكافر ، كما لو كان مؤمنا حال قتله ، ولأن إسلامه لو قارن السبب منع عمله فإذا طرأ أسقط حكمه ودليل الجمهور : أن القصاص عقوبة فكان الاعتبار فيها بحال وجوبها دون حال استيفائها كالحدود ، ولأنه حق وجب عليه قبل إسلامه فلم يسقط بإسلامه كالدين ، ولأن القصاص قد وجب فلا يسقط بما طرأ كما لو جن . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٤٢/٩) .

(١) تكملة الآية الكريمة ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ سورة البقرة الآية رقم ١٧٨ .

(٢) كذا في أ و ج ، وفي ب (صيغة) .

(٣) ذكر المفسرون أن الخطاب للمؤمنين في هذه الآية . انظر : تفسير ابن كثير (٢١٠/١) ، وفتح القدير للشوكاني (٢٦١/١) ، دار الحديث بالقاهرة ط الأولى سنة ١٩٩٣ . ولكن قال الإمام الرازي : دل ظاهر الآية على وجوب القصاص على جميع المؤمنين بسبب قتل جميع القتلى ، إلا أنهم أجمعوا على أن غير القاتل خارج من هذا العموم . انظر : تفسير الرازي (٤٧/٥) دار إحياء التراث العربي بيروت ط الثانية . وقال الإمام أبو بكر الجصاص : وليس توجيه الخطاب إلى المؤمنين بإيجاب القصاص عليهم في القتلى بموجب أن يكون القتلى مؤمنين ، لأن علينا اتباع عموم اللفظ ما لم تقم دلالة الخصوص وليس في الآية ما يوجب خصوص الحكم في بعض القتلى دون بعض . انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٦٥/١) وناقش الإمام الماوردي هذا الاستدلال بأن الله تعالى قال في آخر الآية : ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ ﴾ فهو قصاص لهم فلم يجز أن يجعل قصاصا عليهم . انظر : الحاوي للماوردي (١٤/١٢) .

(٤) اعترض الجمهور بأن الذمي لا يماثل المسلم لأنه منقوص بالكفر . قال تعالى : ﴿ أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًا لَّا يَسْتَوُونَ ﴾ سورة السجدة الآية ١٨ وقال تعالى : ﴿ أَفَنَجْعَلُ الْمُسْلِمِينَ كَالْمُجْرِمِينَ ۝ مَا لَكُمْ كَيْفَ تَحْكُمُونَ ﴾ سورة القلم الآية ٣٥ ، ٣٦ وقال تعالى : ﴿ لَا يَسْتَوِي أَصْحَابُ النَّارِ وَأَصْحَابُ الْجَنَّةِ أَصْحَابُ الْجَنَّةِ ﴾ سورة الحشر الآية ٢٠ . انظر بلغة السالك (٣٨١/٢) الحاوي للماوردي (١٠/١٢) والمغني والشرح الكبير (٣٤٢/٩) والمحلى (١١/١٢) .

(٥) القصاص في اللغة : مأخوذ من قصصت الأثر أي تتبعته ، ومنه قوله تعالى : ﴿ فَارْتَدَّا عَلَىٰ آثَارِهِمَا قَصَصًا ﴾ =

٢٦٢٠٣ - قالوا : قال الله تعالى : ﴿ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ ﴾ (١) والمسلم أخو المسلم (٢) والكافر ليس بأخ .

٢٦٢٠٤ - قلنا : يجوز أن يكون المراد بالأخ من النسب والقبيلة ، وذلك لا يقتضي الأخوة من الدين (٣) .

٢٦٢٠٥ - يدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا (٤) ﴾ (٥)

= سورة الكهف الآية رقم ٦٤ . وفيه معنى القطع لأن القصاص يقطع ما بين أولياء المقتول والقاتل من خلاف وشقاق . ثم غلب استعماله في كل ما يفيد معنى المماثلة كقتل القاتل وقطع القاطع وجرح الجارح لأنه يفعل بالجاني مثلما فعل بالمجني عليه . انظر : لسان العرب لابن منظور (٣٦٥١/٥) دار المعارف . ومختار الصحاح للرازي مادة قص مكتبة الثقافة الدينية القاهرة والمفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني (٥٢٢/٢) مكتبة نزار مصطفى الباز مكة المكرمة . والقصاص اصطلاحا : « القتل بإزاء القتل وإتلاف الطرف بإزاء إتلاف الطرف » (انظر : طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية للنسفي ص٣٢٧ تعليق الشيخ خالد عبد الرحمن العك دار النفائس بيروت ط أولى ١٩٩٥م)

(١) وتمام الآية الكريمة : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ سورة البقرة الآية ١٧٨ .

(٢) الحديث متفق عليه . عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : « المسلم أخو المسلم ، ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته ، ومن فرج عن مسلم كربة من كرب الدنيا فرج الله عنه بها كربة من كرب يوم القيامة ، ومن ستر مسلما ستره الله يوم القيامة » أخرجه الإمام البخاري في صحيحه . كتاب المظالم، باب لا يظلم المسلم المسلم ولا يسلمه (٨٦٢/٢) برقم ٢٣١٠ . والإمام مسلم في صحيحه . كتاب البر والصلة والآداب ، باب تحريم الظلم (١٩٩٦/٤) رقم ٢٥٨٠ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي دار الحديث القاهرة ط أولى ١٩٩١م .

(٣) يجوز أن يكون قد جعله أخا له في النسب كقوله تعالى : ﴿ وَإِلَى عَادٍ أَخَاهُمْ هُودًا ﴾ ويدل على ذلك أيضا قوله تعالى : ﴿ كَذَّبَتْ عَادٌ الْمُرْسَلِينَ ۝ إِذْ قَالَ لَهُمْ أَخُوهُمْ هُودٌ ﴾ لم يرد الأخوة في الدين ، ولو سلمنا أن المراد بالآية الأولى الأخوة في الدين نقول يجوز أن يتقدم لفظ عام ثم يعطف عليه خاص كقوله تعالى : ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ ﴾ يعم الوالدين المسلمين والكافرين ثم قوله تعالى : ﴿ وَإِن جَاهَدَاكَ عَلَى أَن تُشْرِكَ بِي ﴾ خاص في الكافرين . انظر : الجوهر النقي لابن التركماني المتوفى سنة ٧٤٥هـ المطبوع في ذيل السنن الكبرى للبيهقي (٢٨/٨) مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدرآباد الدكن الهند ١٣٥٤هـ وأحكام القرآن لأبي بكر الجصاص (١٧٣/١) . وغرائب القرآن ورغائب الفرقان للنيسابوري المتوفى سنة ٧٢٨ هـ مطبعة الحلبي ط أولى ١٩٦١م .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٥) وتمام الآية الكريمة : قال تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِف فِّي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنصُورًا ﴾ سورة الإسراء الآية ٣٣ .

وهذا عام في جميع كل قتيل مظلوم [١] .

٢٦٢٠٦ - فإن قيل : لما قال : ﴿ فَلَا يُسْرِف فِّي ٱلْقَتْلِ ﴾ [٢] لم يتناول مسألتنا ، لأن قتل المسلم بالكافر [٣] سرف .

٢٦٢٠٧ - قلنا : السرف في القتل هو التجاوز [في الفعل] [٤] وذلك لا يتناول اختلاف الأديان [٥] .

٢٦٢٠٨ - يدل عليه [٦] ما روى ربيعة بن عبد الرحمن [٧] عن عبد الرحمن بن البيلماني [٨] أن النبي ﷺ أتى برجل من المسلمين قد قتل معاهدا من أهل الذمة فضرب عنقه ، وقال : « أنا أحق من وفى بذمته » [٩] .

---

(١) وجه دلالة الآية : أن السلطان المذكور في الآية عام في المسلم والكافر . (انظر : أحكام القرآن للجصاص ١/١٧٤) ونوقش هذا بأن الآية مخصوصة بالمؤمنين لأن الكافر ليس له سلطان على المسلم بدليل قوله تعالى : ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ سورة النساء الآية ١٤١ . (انظر : الحاوي للماوردي ١٢/١٢ والمحلى لابن حزم ١٢/١٣) .

(٢) جزء من الآية السابقة .

(٣) كذا في أ و ج ، وفي ب (الكافر) .

(٤) في ب و ج للفعل . وما أثبته من أ وهو الصحيح ، لأن تجاوز تتعدى بفي . (انظر : لسان العرب مادة جوز ١/ ٧٢٥) .

(٥) وجه الدلالة من الآية أنه ثبت بالاتفاق أن السلطان المذكور في هذا الموضع قد انتظم القود وليس فيها تخصيص مسلم من كافر فهو عليهما . (انظر : أحكام القرآن لأبي بكر الجصاص ١/١٧٤) ونوقش هذا بأن الآية مخصوصة بالمؤمنين لأن الكافر ليس له سبيل على المسلم ، وقد قال تعالى : ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ سورة النساء الآية ١٤١ (انظر : المحلى لابن حزم ١٢/١٣) .

(٦) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٧) هو ربيعة بن عبد الرحمن بن حصن الغنوي ، روى عن جدته الصحابية سراء بنت نبهان حديثا واحدا في حجة الوداع ، وروى عنه أبو عاصم النبيل . ذكره ابن حبان في الثقات . (انظر : التاريخ الكبير للبخاري ٣/٢٨٧ ، تهذيب التهذيب ٣/٢٢٣) .

(٨) هو عبد الرحمن بن البيلماني مولى عمر ﵁ ، روى عن الصحابة أمثال عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعثمان بن عفان وغيرهم وعن التابعين ، وروى عنه حبيب بن أبي ثابت وخالد بن أبي عمران وغيرهم ، وروى له الأربعة . قال أبو حاتم : لين . وذكره ابن حبان في الثقات ، وقال الأزدي : منكر الحديث يروى عن ابن عمر بواطيل . وقال الدارقطني : ابن البيلماني ضعيف لا يقوم به الحجة . توفي في ولاية الوليد بن عبد الملك . انظر : التاريخ الكبير للبخاري (٥/٢٦٣ و ٢٨٥) ، وتهذيب الكمال (١٧/٨) ، وسنن الدارقطني (٣/١٣٥) برقم ١٦٥ .

(٩) أخرجه الدارقطني في كتاب الحدود والديات (٣/١٣٥) برقم ١٦٦ ، والبيهقي في كتاب الجنايات ، السنن الكبرى ٨/٣٠ ، ٣١ ، وأخرجه الإمام الشافعي بلفظ : « أنا أحق من أوفى بذمته » ثم أمر به فقتل . كتاب الديات والقصاص ، مسند الإمام الشافعي ص٣٤٣ دار الكتب العلمية . وأخرجه عبد الرزاق بلفظ : « أنا أحق من وفى بذمتي » في كتاب العقول باب قود المسلم بالذمي ، المصنف (١٠/١١٠) تحقيق حبيب =

٢٦٢٠٩ - وقولهم : إن الشافعي قال : هو ضعيف [١] غلط ، لأن ربيعة وعبد الرحمن كلاهما في الصحيح ، وإرساله لا يمنع الاحتجاج به [٢] ، لأن المرسل [٣] والمتصل عندنا حجة [٤] .

٢٦٢١٠ - وقد روى هذا الحديث مُسندا [٥] محمد بن المُنْكَدِر الضَمْري [٦] .

= الرحمن الأعظمي المجلس العلمي جنوب إفريقيا . وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ، كتاب الديات باب من قال إذا قتل الذمي المسلم قتل به ، (٢٩٠/٩) برقم ٧٥١٠ .

(١) انظر : الأم (٣٤١/٤) حيث قال الإمام الشافعي رحمه الله : وحديث ابن البيلماني منقطع وحديث ابن البيلماني خطأ .

(٢) لم أجدهما من بين رجال صحيح البخاري ولا من رجال صحيح مسلم ، وإنما ذكرهما الإمام البخاري في كتاب التاريخ الكبير ٢٨١/٣ برقم ٩٧٧ و ٢٦٣/٥ برقم ٨٤٨ ، وابن حبان في الثقات كما سبق في ترجمتهما ، وعلى هذا يكون دعوى كونهما في الصحيح غير مقبولة . كيف وقد ضعف علماء الحديث عبد الرحمن بن البيلماني وقال الدارقطني : ابن البيلماني ضعيف لا يقوم به الحجة إذا وصل الحديث ، فكيف بما يرسله . انظر : سنن الدارقطني (١٣٥/٣) برقم ١٦٥ .

(٣) في ب و ج المراسيل .

(٤) المرسل : ما انقطع إسناده بأن يكون في رواته من لم يسمعه ممن فوقه ، إلا أن أكثر ما يوصف بالإرسال من حيث الاستعمال ما رواه التابعي عن النبي ﷺ . والمتصل : ما كان كل واحد من رواته سمعه ممن فوقه حتى ينتهي ذلك إلى آخره وإن لم يبين فيه السماع بل اقتصر على العنعنة . (انظر : الكفاية في علم الرواية ص ٥٨ للإمام الخطيب البغدادي المتوفى سنة ٤٦٣هـ دار الكتب الحديثة ط أولى) آراء الفقهاء في الاحتجاج بالمرسل : ذهب الإمام أبو حنيفة ومالك والإمام أحمد في أشهر الروايتين عنه إلى أنه يحتج به . وذهب الإمام الشافعي إلى أنه لا يحتج به إلا بشروط : وذلك بأن يروى أيضًا مسندا أو مرسلا من جهة أخرى ، أو يعمل به بعض الصحابة أو أكثر العلماء ، وأن يروى من كبار التابعين الذين كثرت مشاهدتهم لبعض أصحاب رسول الله ﷺ ، وفي هذه الحالة أيضًا لا يكون المرسل بدرجة المتصل ، وإنما يكون دونه في الاحتجاج . انظر : تيسير التحرير للأمير بادشاه (١٠٢/٣) دار الكتب العلمية بيروت والإحكام للآمدي (١٣٦/٢) تحقيق د/سيد الجميلي دار الكتاب العربي ط أولى ١٩٨٤م والرسالة للإمام الشافعي رحمه الله ٤٦١ تحقيق أحمد محمد شاكر مكتبة دار التراث القاهرة ط الثانية ١٩٧٩م وشرح مختصر الروضة للطوفي (٢٢٨/٢) تحقيق د عبد الله بن عبد المحسن التركي مؤسسة الرسالة بيروت ط أولى ١٩٨٨م .

(٥) رواه الإمام الدارقطني عن ابن عمر مسندا وقال : لم يسنده غير إبراهيم بن أبي يحيى وهو متروك الحديث ، والصواب عن ربيعة عن ابن البيلماني مرسل عن النبي ﷺ انظر : (سنن الدارقطني ١٣٤/٣ برقم ١٦٥) وقال الإمام البيهقي في رواية عمار بن مطر عن ابن البيلماني عن ابن عمر رضي الله عنه : هو خطأ من وجهين : أحدهما : وصله بذكر ابن عمر ، والآخر أنه رواه عن إبراهيم عن ابن عمر . وإنما يرويه إبراهيم عن محمد بن المنكدر ، والحمل فيه على عمار بن مطر الرهاوي فقد كان يقلب الأسانيد ويسرق الأحاديث حتى كثر ذلك في رواياته وسقط عن حد الاحتجاج به ، وروى إبراهيم عن محمد بن المنكدر عن عبد الرحمن بن البيلماني ، وهذا هو الأصل في هذا الباب وهو منقطع وراويه غير ثقة . اهـ انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٣٠/٨) كتاب الجنايات .

(٦) هو أبو عبد الله محمد بن المنكدر الضمري بن عبد الله بن الهدير التيمي ، أحد الأئمة الأعلام ، روى =

وقوله [1] : وقد عاش إلى [زمن معاوية [2] ﷺ غلط [3] ، لأن القاتل [4] لم يذكر في الحديث] [5] .

٢٦٢١١ - ولأن النبي ﷺ اقتدى [6] عمرو بن أمية [7] .

٢٦٢١٢ - فإن قيل : يحتمل أن يكون قتله وهما كافران ثم أسلم القاتل [8] .

٢٦٢١٣ - قلنا : تعليله يقتضي وجوب القصاص للوفاء بذمته ، وهذا يفيد العموم [9] .

= عن جمع من الصحابة ، كان من سادات القراء . قال الواقدي : كان ثقة ورعا عابدا . قال يعقوب بن شيبة : صحيح الحديث جدا . وقال إبراهيم بن المنذر : غاية في الحفظ والإتقان والزهد . توفي سنة ١٣١هـ . انظر : طبقات السيوطي ص٥١ وتهذيب التهذيب (٤١٧/٩) .

(١) ما بين المعكوفتين ليست في النسخ الثلاثة . والظاهر أنه ساقط منها . لأن ما بعده اعتراض الإمام الشافعي على استدلال الحنفية بحديث ابن البيلماني . قال الإمام الشافعي ﷺ في الأم (٣٤١/٤) : وهو خطأ . لأن عمرو بن أمية عاش بعد النبي ﷺ دهرا طويلا . وعمرو قتل اثنين وداهما النبي ﷺ ولم يزد النبي ﷺ عمرًا أن قال : « قتلت رجلين لهما مني عهد لأودينهما » . وانظر كذلك : النكت للشيرازي ورقة أ٢٥٣ حيث قال : لا أصل لهذا الحديث . وعمرو عاش إلى أيام معاوية .

(٢) هو معاوية بن أبي سفيان بن حرب أبو عبد الرحمن الأموي ، أسلم يوم الفتح ، كان كاتبا للوحي ، ولاه عمر بن الخطاب الشام بعد أخيه يزيد فأقره عثمان مدة ولايته ، ثم ولى الخلافة ، توفي بدمشق سنة ٦٠هـ وله ثمان وسبعون سنة . (انظر : تهذيب التهذيب ١٨٧/١٠ وشذرات الذهب ٦٥/١)

(٣) في أ (وغلط) وهو ساقط من ب و ج . وما أثبته هو الأقرب للسياق .

(٤) في أ (القائل) . وهو ساقط من ب و ج . (٥) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٦) في النسخة ب (قد اقتلى) وفي ج (قد قتل) .

(٧) هو عمرو بن أمية بن خويلد بن عبد الله ، أبو أمية الضمري ، روى عن النبي ﷺ وعنه أولاده ، أسلم حين انصرف المشركون عن أحد ، وكان شجاعا له إقدام ، بعثه رسول الله ﷺ إلى النجاشي في زواج أم حبيبة ، مات بالمدينة في خلافة معاوية . انظر : تهذيب التهذيب (٦/٨) . وحديث قتل عمرو بن أمية أخرجه البيهقي فقال : قال الإمام الشافعي : إنما روى ابن البيلماني أن عمرو بن أمية الضمري قتل كافرا كان له عهد إلى مدة ، وكان المقتول رسولا فقتله النبي ﷺ به . انظر : معرفة السنن والآثار (٢٨/١٢) تحقيق د عبد المعطي أمين قلعة جي دار الوفاء ط أولى ١٩٩١م .

(٨) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٣ وعبارته : ثم يحتمل أنه قتله ثم أسلم . وقال الماوردي : وقد يكون القاتل أسلم بعد قتله به . وإذا احتمل هذا وجب التوقف عن الاحتجاج . انظر : الحاوي (١٤/١٢) .

(٩) وبالجملة قد نوقش استدلال الحنفية بحديث ابن البيلماني من عدة وجوه : أولا : أنه ضعيف من جهة الرواة ، ثانيا : أنه مرسل ، ثالثا : أنه خطأ ، لأن عمرو بن أمية الذي يفترض أنه قتل بذمي ، قد عاش بعد النبي ﷺ دهرا طويلا ، فاستحال ما أضيف إليه ، لأن عمرو قتل اثنين وداهما النبي ﷺ ، ولم يزد النبي ﷺ عمرا أن قال : « قتلت رجلين لهما مني عهد لأدينهما » . رابعا : على فرض التسليم بأن هذا الحديث صحيح ، فإنه =

٢٦٢١٤ - ويدل عليه قوله [ﷺ] (١) : « كتاب الله القصاص » (٢) وقال : « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ، إن شاءوا أفادوا ، [وإن شاءوا أقادوا] (٣) (٤) ولم يفصل .

= يكون منسوخا ، لأن الذي قتله عمرو بن أمية قبل بنى النضير وقبل الفتح بزمان ، وخطبة النبي ﷺ : « لا يقتل مسلم بكافر » عام الفتح . خامسا : على فرض صحة الحديث فإن هناك احتمالا بأن يكون القاتل أسلم بعد قتله ، فقتل به ، وهذا محل اتفاق . سادسا : إن في روايتهم أن المقتول كان كافرا له عهد إلى مدة . وكان رسولًا . فقتله النبي ﷺ به . وعندهم أن المسلم لا يقتل بالمستأمن . وعلى هذا لا يصلح حديث ابن البيلماني للاحتجاج به . انظر : الأم (٣٤١/٧) ومعرفة السنن والآثار للبيهقي (٢٨/١٢) والحاوي للماوردي (١٤/١٢) والمغني والشرح الكبير (٣٤٢/٩) .

(١) كذا في أ ، وفي ب و ج (عليه السلام) .

(٢) أخرجه الإمام البخاري في كتاب الصلح ، باب الصلح في الدية ، (١١٣/٢) وفي كتاب تفسير القرآن (١٠٢/٣) عن أنس ﷺ . وأبو داود في سننه ، كتاب الديات (١٩٧/٤) برقم ٤٥٩٥ تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد المكتبة العصرية بيروت . والنسائي في سننه ، كتاب القسامة ، باب القصاص من الثنية (٢٧/٨) برقم ٤٧٥٧ .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) الحديث أخرجه الأئمة الستة عن يحيى بن كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة في حديث طويل جاء في آخرها : « من قتل له قتيل فهو بخير النظرين ، إما أن يُعْطَى - يعني الدية - وإما أن يقاد أهل القتيل » هذا لفظ مسلم في كتاب الحج ، باب تحريم مكة وفي رواية عنده : « إما أن يُفدَى وإما أن يقتل » . (٩٨٨/٢ - ٩٨٩) برقم ٤٤٧و٤٤٨ . ولفظ البخاري في كتاب العلم باب كتابة العلم : « إما أن يعقل وإما أن يقاد أهل القتيل » (٥٣/١) برقم١١٢ . ولفظه في كتاب القصاص باب كيف تعرف لقطة أهل مكة : (إما أن يُفْدَى وإما أن يُقِيد) . ٨٥٨/٢ برقم ٢٣٠٢ . ولفظه في الديات باب من قتل له قتيل فهو بخير النظرين : (إما أن يودى وإما أن يقاد) . ٢٥٢٢/٦ برقم ٦٤٨٦ . ولفظ الترمذي : في كتاب الديات باب ما جاء في حكم ولي القتيل في القصاص والعفو سنن الترمذي (٢١/٤) برقم ١٤٠٦ وأيضا لفظ النسائي في كتاب القسامة باب الأمر بالعفو في القصاص : (إما أن يقاد وإما أن يفدى) سنن النسائي (٣٨/٨) برقم ٤٧٨ . ولفظ ابن ماجه في كتاب الديات باب من قتل له القتيل فهو بالخيار : (إما أن يقتل وإما أن يفدى) سنن ابن ماجه (٨٧٦/٢) برقم ٢٦٢٤ وأخرجه ابن ماجه أيضًا في كتاب الديات باب من قتل عمدا فرضي بالدية بلفظ : (إن شاءوا قتلوا ، وإن شاءوا أخذوا الدية) سنن ابن ماجه (٨٧٧/٢) برقم ٢٦٢٦ . قال الإمام البيهقي : وهذا الاختلاف في لفظ أبي هريرة من أصحاب يحيى بن أبي كثير ، والموافق منها بحديث أبي شريح أولى . وانظر : معرفة السنن والآثار (٦٤/١٢) برقم ١٥٨٨٤ . وحديث أبي شريح أخرجه أبو داود والترمذي عن أبي شريح الخزاعي قال : قال رسول الله ﷺ : (ألا إنكم يا معشر خزاعة قتلتم هذا القتيل من هذيل وإني عاقلته ، فمن قتل له بعد مقالتي هذه قتيل فأهله بين خيرتين إما أن يأخذوا العقل أو يقتلوا) قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح وحديث أبي هريرة حديث حسن صحيح . انظر : سنن أبي داود كتاب الديات باب ولى العمد يرضى بدية (١٧٢/٤) برقم ٤٥٠٤ . وسنن الترمذي كتاب الديات باب ما جاء في حكم ولي القتيل في القصاص والعفو (٢١/٤) برقم =

٢٦٢١٥ - وقال : « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : قتل نفس [١] بغير نفس » [٢] .

٢٦٢١٦ - ولأن كل من وجب عليه القصاص على قاتله الكافر ، جاز أن يجب القصاص على المسلم . وإن جرحه [٣] في حال السلامة [٤] ، أصله المسلم . فلا يمكن القول بوجوب العلة إذا قتل الكافر الكافر ثم أسلم القاتل .

٢٦٢١٧ - لأنا قلنا : جاز أن يجب القصاص على قاتله المسلم .

٢٦٢١٨ - ولا يقال بوجوب [٥] العلة في الكافر بجرح الكافر ثم يموت المجروح بعد إسلامه [٦] .

٢٦٢١٩ - فإن قيل : المسلم حقن دمه بذمته ، والذمي حقن دمه بعقده [٧] .

٢٦٢٢٠ - قلنا : هذا لا يمنع التساوي كما لا يمنع التساوي في وجوب القطع بسرقة المال [٨] ، وإن كان أحد المالين حقن بالدين والآخر بالعقد .

= ١٤٠٦ . وأخرجه الإمام أحمد عن أبي شريح بلفظ : (فمن قتل بعد مقامي هذا فأهله بخير نظرين إن شاءوا فدم قاتله وإن شاءوا فعقله) المسند (٣٢/٤) ط المكتب الإسلامي وانظر : نصب الراية (٣٥١/٤) .

(١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٢) وتمامه : عن عثمان بن عفان ﷺ قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : (لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إسلام أو زنا بعد إحصان أو قتل نفس بغير نفس) . بهذا اللفظ أخرجه أبو داود في سننه (١٢٦/٤) كتاب الحدود باب الحكم فيمن ارتد . برقم ٤٣٥٣ وفي كتاب الديات ، باب الأمر بالعفو في الدم (١٧٠/٤) برقم ٤٥٠٢ . وأخرجه الشيخان باختلاف بلفظ قريب . انظر : صحيح البخاري كتاب الديات باب قول الله تعالى : ﴿ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ (٢٥٢١/٦) برقم ٦٤٩٤ وصحيح مسلم كتاب القسامة باب ما يباح به دم المسلم (١٣٠٢/٣) برقم ١٦٧٦ . ووجه الاستدلال بالأخبار الثلاثة السابقة : أن هذه الأخبار يقتضي عمومها قتل المسلم بالذمي . ونوقش هذا بما نوقش به الأدلة السابقة التي تفيد العموم وهي أن هذه الأخبار مخصوصة بحديث : (لا يقتل مسلم بكافر) . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٤٢/٩) .

(٣) في أ (خرجه) وفي ب و ج (أخرجه) ولعلها تحريف . والصواب ما أثبته نظرا لاستقامة المعنى .

(٤) كذا في النسخ الثلاثة . (٥) في ب و ج (نوجب) .

(٦) وحاصل هذا الدليل هو القياس ، أي أن المسلم يجوز أن يقتل بالذمي قياسا على ما لو قتل الذمي ذميا ثم أسلم القاتل بجامع أن كلا قتل مسلم بذمي . ونوقش هذا بأنه قتله وهو مسلم وهذا قتله وهو كافر . فحال الجاني في الصورتين مختلف . فالقياس مع الفارق . انظر : الحاوي للماوردي (١٥/١٢) .

(٧) انظر : النكت للشيرازي ورقة ٢٥٣أ وعبارته : ليس الذمي كالمسلم لأن المسلم حقن دمه بالإسلام . والذمي حقن دمه بالذمة . ولا يعتبر الذمة كالإسلام . ولهذا يؤمر بالانتقال من الذمة ولا يؤمر بالانتقال من الإسلام .

(٨) لا خلاف بين العلماء في قطع يد المسلم بسرقة مال الذمي . انظر : البدائع (٧١/٧) وحاشية الدسوقي (٣٣٦/٤) والحاوي (٣٢٦/١٣) والمغني لابن قدامة (٤٥١/١٢) .

٢٦٢٢١ - قالوا : حقن الدم بالإسلام آكد ، بدلالة أنه لا يزول إلا بالردة ، وحقن العقد يزول بنقض العهد من الذمي كالردة من المسلم .

٢٦٢٢٢ - قلنا : الامتناع من أداء الجزية (١) فإن (٢) حصل من واحد لم يؤثر في نقض العهد (٣) ، وإن حصل من جماعة ممتنعة ، فهم كالجماعة من المسلمين إذا امتنعوا من أداء الزكاة (٤) ، وخروج أهل الذمة وإن حصل من جماعة علينا كخروج (٥) المسلمين علينا فلا فرق بينهما (٦) .

٢٦٢٢٣ - فإن قيل : إذا قتل الأب ابنه والمولى عبده فهو محقون الدم على التأبيد ، ولا قصاص على القاتل .

٢٦٢٢٤ - قلنا : المعتبر في جهة المقتول حقن دم على التأبيد ، ويعتبر في جهة القاتل أن [يَعْرى] (٧) العلة عن أبيه ، والأب له شبهة في نفس الابن وماله ، والمولى له شبهة في رقبة عبده (٨) .

٢٦٢٢٥ - ولأن كل من وجب على المسلم القطع بسرقة ماله ، جاز أن يجب

---

(١) الجزية : اسم لما يؤخذ من أهل الذمة . لأنها تجزئ من القتل أي تعصم . والجمع جزىً كلِحْيَة ولِحىً . انظر : اللباب في شرح الكتاب (١٤٣/٤) .

(٢) كذا في ب و ج . وفي أ (وإن) . (٣) كذا في أ ، وفي ب و ج (الذمة) .

(٤) عند الحنفية لا ينتقض العهد بالامتناع من أداء الجزية ، لأن الامتناع يحتمل أن يكون لعذر العدم ، فلا ينتقض العهد بالشك والاحتمال . أما إن غلب جماعة منهم إلى موضع فيحاربون ، لأنهم إذا فعلوا ذلك فقد صاروا أهل حرب ، وينتقض العهد ضرورة . انظر : اللباب (١٤٧/٤) والبدائع (١١٣/٧) . وعند المالكية : الامتناع إذا حصل من واحد لا يعد ناقضا . انظر : بلغة السالك (٣٦٩/١) . وعند الشافعية : ينتقض العهد بالامتناع من أداء الجزية ، وإن لم يشترط الانتقاض به ، لمخالفته مقتضى العهد . قال الخطيب الشربيني : هذا بالنسبة للقادر ، أما العاجز إذا استمهل لا ينتقض عهده ، قال الإمام : ولا يبعد أخذها من الموسر قهرا ولا ينتقض ، وأقره الرافعي . انظر : مغني المحتاج (٢٥٨/٤) . وعند الحنابلة : ينتقض بالامتناع من أداء الجزية بلا خلاف في المذهب . انظر : المغني لابن قدامة (٢٣٨/١٣) .

(٥) في ب و ج (لخروج) وهو تحريف . (٦) كذا في ب و ج . وفي أ (عنهما) .

(٧) كذا في النسخ الثلاثة ، وعري بمعنى تجرد ، تقول عري من ثيابه عريا وعرية : تجرد منها فهو عارٍ وعريان وعري من العيب أي سلم . انظر : المعجم الوسيط (٦١٩/٢) مادة عري .

(٨) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٣ وعبارته : ليس إذا وجب عليه لمثله وجب له على من هو أعلى منه ، كالقصاص وجب على أحد الولدين للآخر ولا يجب للولد على الوالد . ويجب على الصحيح للصحيح في الطرف ، ولا يجب للأشل على الصحيح .

القصاص على قاتله [١] ابتدا بقتله أصله [٢] المسلم .

٢٦٢٢٦ - ولا يلزم المكاتب لأنه لا مال له ، فلا مدخل على العلة ، ولأنه يجب القصاص على قاتله إذا مات عن وفاء وارثه المولى ، ولا يلزم المرتدة [٣] ، لأنا لا نعرف الرواية في وجوب القطع بسرقة مالها [٤] .

٢٦٢٢٧ - ولا يلزم المرجوم ، لأن القطع يجب بسرقة ماله [٥] ، ويجوز أن يجب القصاص بقتله إذا دخلت شبهة بعد القضاء عليه بالرجم [٦] .

٢٦٢٢٨ - فإن قيل : حرمة النفس أعظم من حرمة المال .

٢٦٢٢٩ - قلنا : هذا هو الدليل عليكم ، لأن حرمة المال الضعيفة إذا لم يمنع من قطع يد المسلم ، فحرمة النفس القوية أولى أن لا يمنع وجوب القصاص على المسلم .

٢٦٢٣٠ - قالوا : الرجل إذا سرق من المرأة قطع ، ولو قطع يدها لم يقطع ، واعتبار قطع الطرف بالطرف أولى [٧] .

(١ ، ٢) ما بين المعكوفتين ساقط في النسخ الثلاثة .

(٣) كذا في أ و ب ، وفي ج (المرتد) . (٤) كذا في أ و ب ، وفي ج (ماله) .

(٥) لا قصاص على قاتل زان أحصن عند المالكية والحنابلة أيضًا ، وعند الشافعية وجهان ، والأصح أنه لا يقتص . (انظر : حاشية الدسوقي (٢٣٧/٤) ومغني المحتاج (١٥/٤) والمغني والشرح الكبير (٣٥٢/٩) .

(٦) وحاصل هذا الدليل أنه كما يجب قطع يد المسلم إذا سرق من مال الذمي ، فكذلك يجب قتله به لاستواء حرمة دمه بحرمة ماله . ونوقش هذا الدليل من وجوه : أولا : بأنه قياس في مقابلة النص . قال ابن بطال : بأنه قياس حسن لولا النص . ثانيا : أنه قياس مع الفارق ، لأن القطع في السرقة حق لله تعالى ، لا يجوز العفو عنه كحد القذف ، فجاز أن يستحق في مال الكافر ، والقود من حقوق الآدميين لجواز العفو عنه ، فلم يستحقه كافر على المسلم . ثالثا : القصاص يعتبر فيه المساواة ، ولا مساواة بين المسلم والذمي . والقطع في السرقة لا يعتبر فيه المساواة . ولهذا يقطع الرجل بسرقة مال المرأة ولا يقطع طرفه بطرفها عند الحنفية . رابعا : أنه لما جاز قطع يد المسلم بسرقة مال المستأمن ولم يقتل به ، جاز أن يقطع في مال الذمي وإن لم يقتل به . انظر : فتح الباري (٢٦٢/١٢) والنكت للشيرازي الورقة أ ٢٥٣ والمحلى (٢٧/١٢) .

(٧) وحاصل هذا الاعتراض النقض . فينتقض ما قاله الحنفية هنا بما إذا قطع رجل يد امرأة فإن يده لا يقطع بيدها عند الحنفية وإن كان يده يقطع بسرقة مالها ، فالقياس الصحيح أن نقيسه على قطع الأطراف بجامع أن كلا منهما من حقوق الآدميين يجوز العفو عنه . بخلاف القطع في السرقة ، فإنه حق لله لا يجوز العفو عنه . انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٣ حيث قال الشيرازي : وقطع السرقة لا يعتبر فيه المماثلة . ولهذا يؤخذ اليد بنصاب من المال وإن لم يساوه في الجنس ولا في القيمة . والقصاص يعتبر فيه المماثلة ولا مماثلة بين المسلم والذمي . ولهذا يقطع الرجل بسرقة مال المرأة ، ولا يقطع طرفه بطرفها عندهم . وانظر أيضًا : المحلى (٢٧/١٢) .

٢٦٢٣١ - قلنا : سارق مالها يقطع ، فإن قتلها قتل . [وأما قطع يدها] [١] ، فلأن القصاص في الطرف يؤثر فيه [٢] اختلاف الأرش [٣] ولا يؤثر ذلك في القصاص في النفس .

٢٦٢٣٢ - ولأنه [٤] فعل لو وجد من المسلم و المسلم أوجب القتل ، فإذا وجد منه في الكافر أوجب القتل كالزنا مع الإحصان [٥] .

٢٦٢٣٣ - ولأن المسلم والذمي إذا [٦] اشتركا في قتل الذمي وجب القصاص على الذمي [٧] وكل مشتركين في القتل إذا وجب به القصاص على أحدهما ، جاز أن يجب على الآخر ، كالذميين إذا قتلا ذميا ، والمسلمين إذا قتلا مسلما [٨] .

٢٦٢٣٤ - ولأنه محقون الدم على التأبيد ، فجاز أن يجب القصاص ابتداء على قاتله المسلم كالمسلم . بيان ذلك : أن المسلم محقون الدم لا إلى مدة ، والذمي كذلك ، ولا يشبه المستأمن ، ألا ترى أن قتل الكافر الحربي [٩] لحربه ، والذمي تارك للحرب على التأبيد ، فحقن دمه على التأبيد . والمستأمن [١٠] تارك للحرب إلى مدة فحقن دمه إلى مدة .

٢٦٢٣٥ - ولا يلزم صبيان المشركين ونساءهم ، لأن صبيانهم حظر قتلهم إلى [١١]

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من ج .

(٢) كذا في ب و ج . وفي أ (في) وهو خطأ .

(٣) الأرش لغة : دية الجراحة ، والجمع أروش . وأصله الفساد ، يقال أرشت بين القوم تأريشا أي أفسدت بينهم . ثم استعمل في فساد الأعيان لأنه فساد فيها . واصطلاحا : اسم للواجب فيما دون النفس . انظر : المصباح المنير للفيومي (١٦/١) وحاشية ابن عابدين (٣٦٨/٥) .

(٤) في ب و ج (فلأنه) .

(٥) ويمكن أن يناقش هذا بأن هذا قياس مع الفارق ، لأن رجم الزاني المحصن حد من حدود الله لا يجوز العفو عنه . والقصاص حق من حقوق العبد يجوز العفو عنه فافترقا .

(٦) كذا في أ و ب ، وفي ج (لو) .

(٧) وعند الشافعية أيضًا إذا شارك ذمي مسلما في قتل ذمي وجب القصاص على الذمي ، لأن الذمي لو انفرد اقتص منه ، فإذا شاركه في العمدية من لا يقتص منه لمعنى فيه وجب أيضًا . انظر : مغني المحتاج (٢١/٤) .

(٨) المسلم والذمي لو اشتركا في قتل الذمي ، وجب القصاص على الذمي ولم يجب على المسلم ، لأن امتناع القصاص عن المسلم لإسلامه ، وانتفاء مكافأة المقتول له . بخلاف ما لو اشترك ذميان في قتل ذمي أو اشترك مسلمان في قتل مسلم ، فإن القصاص لا يمتنع في حق أحدهما لمكافأة المقتول لهما . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٧٢/٩) .

(٩) ما بين القوسين ساقط من ب و ج . وما أثبته من أ .

(١٠) في ب و ج (والحربي) وهو خطأ . وما أثبته من أ .

(١١) كذا في أ و ب ، في ج (قبل) .

البلوغ ، والنساء لم يحظر قتلهن على التأبيد . لأنهم إذا ملكوا امرأة (١) قتلناها ، وإن كان لها رأي في الحرب قتلناها (٢) .

٢٦٢٣٦ - وهذه المعاني ليست من فعلها . وإذا اختلط النساء بالرجال حتى لا يتميزون قتلوا [المرأة] (٣) .

٢٦٢٣٧ - لأن قتلها يستباح لغير قتلها إذا حكم الحاكم بقتلها .

٢٦٢٣٨ - والذي يدل على صحة هذه العلة : أن عقد الذمة يقوم مقام الإسلام . ألا ترى أنا ندعوهم إلى الإسلام .

٢٦٢٣٩ - فإن امتنعوا دعوناهم إلى الجزية . وإن بذلوا دفع الجزية وجب علينا قبولها كما يجب علينا أن نقبل الإسلام إن (٤) بذلوه ، وما قام مقام الشيء سد مسده في المقصود ، كالتيمم لما قام مقام الوضوء سد مسده في جواز الصلاة ، وكذلك العدة بالشهور ، والإطعام في الكفارات ، والمقصود من العقد حقن الدم ، فقام مقام الإسلام في ذلك (٥) .

---

(١) كذا في ا ، وفي ب و ج (المرأة) .

(٢) قال الإمام الكاساني : إن النساء والصبيان لا يحل قتلهم لقول النبي ﷺ (لا تقتلوا امرأة ولا وليدا) وروي أنه ﷺ رأى في بعض غزواته امرأة مقتولة فأنكر ذلك وقال : (هاه ما أراها قاتلت فلم قتلت ؟) ونهى عن قتل النساء والصبيان . ولأن هؤلاء ليسوا من أهل القتال فلا يقتلون . ولو قاتل واحد منهم قتل ، وكذا لو حرض على القتال ، أو دل على عورات المسلمين ، أو كان الكفرة ينتفعون برأيه ، أو كان مطاعا وإن كان امرأة أو صغيرا لوجود القتال من حيث المعنى . اهـ . انظر : البدائع (١٠١/٧) . وعند الشافعية أيضًا لا يجوز قتل نسائهم وصبيانهم إذا لم يقاتلوا للنهي عنه في الحديث . وإن قاتلوا جاز قتلهم . وكذلك لو التحم حرب فتترسوا بنساء وصبيان جاز رميهم ، وإن نصب عليهم منجنيقا أو بيتهم ليلا وفيهم نساء وأطفال جاز لما روي علي كرم الله وجهه أن النبي ﷺ نصب المنجنيق على أهل الطائف وإن كانت لا تخلو من النساء والأطفال . انظر : المهذب (٢٣٣/٢ -٢٣٤) ومغني المحتاج (٢٢٣/٤-٢٢٤) .

(٣) وفي النسخ الثلاثة (المرتدة) . والظاهر أنه تحريف . وما أثبته أقرب للسياق . والله أعلم .

(٤) كذا في أ ، وفي ب و ج (إذا) .

(٥) حاصل هذا الدليل قياس الذمي على المسلم بجامع عصمة دمهما . ونوقش هذا بأن الذمي ليس بمحقون الدم على التأبيد فأشبه الحربي والمستأمن . ولا فرق بين الذمي والمستأمن ، لأن كلاهما محرم الدم إذا قتل تحريما مساويا لتحريم الآخر . وإنما يراعى الحكم وقت الجناية الموجبة للحكم لا بعد ذلك ، ولعل المستأمن لا يرجع إلى دار الحرب ، ولعل الذمي ينقض الذمة ويلحق بدار الحرب ، فيعود دمه حلالا ولا فرق . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٤٢/٩) والمحلى (٢٧/١٢) .

٢٦٢٤٠ - ولأنه بالعهد حقن ماله ، فساوى مال المسلم حتى تعلق به ما يجتمع مع[1] السنة وهو الضمان ، وما لا يجتمع معه مغرما وهو القطع ، كذلك ساوى المسلم في وجوب ضمان[2] الملك بالقتل الذي يجتمع مع السنة ، ساوى في القصاص الذي لا يجتمع مع السنة[3] وهذا اعتبار دلت عليه السنة[4] كقوله [ﷺ][5] : «[6] حرمة مال المسلم حرمة دمه »[7] فيستحيل أن يساوى بغير الأعداد[8] بدلالة أن من استهل ولدهما لم يلزمه أكثر منه ولا أزيد من صفته .

٢٦٢٤١ - ثم كان الأعداد[9] في الأنفس غير معتبر إذا حصل التساوي في حقن الدم . [لأن الجماعة يقتلون بالواحد[10] ، كذلك الاختلاف فيما صفته لا يؤثر إذا حصل التساوي في حقن الدم][11] .

٢٦٢٤٢ - ولأن إسلام القاتل لو منع وجوب[12] القصاص عليه بقتل الذمي ، لكان

---

(١) كذا في أ و ب ، وفي ج (من) . (٢) كذا في أ ، وفي ب و ج (الضمان) .

(٣) وحاصل هذا الدليل قياس . فكما ساوى مال الذمي مال المسلم في وجوب قطع يد سارقها ، فكذلك يساوى نفس الذمي نفس المسلم في قتل قاتلها . ونوقش هذا كما مر بأنه قياس مع الفارق ، لأن القطع في السرقة حق الله تعالى ، والقصاص حق العبد . والقصاص مشعر بالمساواة ، ولا مساواة بين المسلم والكافر . كما أن هناك فرقا بين عصمتيهما . لأن عصمة المسلم بالإسلام فعصمته مؤبدة . وعصمة الذمي بالعهد وعصمته مؤقتة . وليس الذمة كالإسلام . ولهذا يؤمر بالانتقال من الذمة ، ولا يؤمر بانتقال من الإسلام .

(٤) كذا في أ ، وفي ب و ج (البينة) . (٥) ما بين القوسين ساقطة من ب و ج .

(٦) في ب وج زيادة لفظ (عليكم) في أول الحديث ، ولم يرد هذه الزيادة في كتب الحديث .

(٧) أخرجه الدارقطني في سننه كتاب البيوع (٢٦/٣) برقم ٩٤ والهيثمي في مجمع الزوائد (١٧٢/٤) دار الريان للتراث بالقاهرة ، وانظر تلخيص الحبير كتاب الصلح (٤٦/٣) .

(٨ ، ٩) في ب و ج (الأعدا) .

(١٠) يرى الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية في رواية عن الإمام أحمد أن الجماعة يقتلون بالواحد . روي ذلك عن عمر وعلي والمغيرة بن شعبة وابن عباس ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وأبو سلمة وعطاء وقتادة والثوري والأوزاعي وإسحاق وأبي ثور . وفي رواية عن الإمام أحمد أن الجماعة لا يقتلون به ، وتجب عليهم الدية . وهو قول ابن الزبير والزهري وابن سيرين وحبيب بن أبي ثابت وعبد الملك وربيعة وداود وابن المنذر ، وحكاه ابن أبي موسى عن ابن عباس . وروي عن معاذ بن جبل وابن الزبير وابن سيرين والزهري : أنه يقتل منهم واحد ويؤخذ من الباقين حصصهم من الدية . انظر : البدائع (٢٣٨/٧) وبداية المجتهد (٣٩٩/٥) ومغني المحتاج (٢٠/٤) والمغني والشرح الكبير (٣٦٦/٩) .

(١١) قوله : لأن الجماعة يقتلون بالواحد - إلى آخر قوله - في حقن الدم ساقط من ب و ج .

(١٢) ما بين القوسين ساقطة من ب و ج .

طريانه (١) بعد وجوب القصاص يمنع الاستيفاء. لأن كل معنى إذا وجد في الابتداء منع وجوب القصاص، إذا طرأ بعد الوجوب منع الاستيفاء (٢)، كالولد قتل الأب لم يقتص منه (٣).

٢٦٢٤٣ - ولو ورث الابن قصاصا على أبيه لسقط (٤)، ولا يلزم العاقل إذا قتل ثم جن، لأنه ذكر في المنتقى (٥): أنه إن جن قبل تسليمه إلى الولي سقط القصاص، وإن جن بعد تسليمه ليقتل لم يمنع القصاص.

٢٦٢٤٤ - لأنه يختلط في تلك الحال من الخوف، فعلى هذا هو طَرُوٌّ علينا، ونحمل ما ذكر في الكتاب على المجنون بعد التسليم (٦). ولو جعلناها في الأصل رواية أخرى لم يلزمنا.

٢٦٢٤٥ - لأن المجنون إذا قتل لم يجب عليه القصاص (٧)، لأن فعله ليس بعمل،

---

(١) كذا في أ و ب، وفي ج (طريان).

(٢) هذا يدخل تحت القاعدة الفقهية: الطارئ هل ينزل منزلة المقارن؟ أو كل ما لو قارن لمنع فإذا طرأ فعلى قولين عند الشافعية. منها: لو وجب القصاص على رجل فورث القصاص ولده. قيل يجب ثم يسقط وقيل لا. انظر: الأشباه والنظائر للسبكي (٣١٢/١) تحقيق الشيخ علي محمد عوض وزميله، دار الكتب العلمية بيروت ط أولى ١٩٩١م والمنثور في القواعد للزركشي المتوفى سنة ٧٩٥ هـ (٣٥٠/٢) تحقيق د تيسير فائق أحمد. وزارة الأوقاف كويت.

(٣) للمسألة صور عدة، منها: أن يقتل ولد أباه وللولد أخ، ثم يموت الأخ صاحب الحق في القصاص ولا وارث له إلا أخوه القاتل، فيصبح القاتل وارث دم نفسه من أخيه، فيسقط القصاص، لأن القصاص لا يتجزأ أو لا يتبعض، ولا يصح استيفاء القصاص من شخص طالب ومطلوب في آن واحد. انظر: البدائع (٢٥١/٧) والشرح الكبير للدردير (٢٦٢/٤) ومغني المحتاج (١٨/٤) والمغني والشرح الكبير (٣٦٣/٩).

(٤) ومن ورث قصاصا على أبيه أي على أصله سقط عنه. وللمسألة عدة صور منها: إذا قتل الأبن أب امرأته مثلا، ولا وارث له غيرها، ثم ماتت المرأة، فإن ابنها منه يرث القود الواجب على أبيه، فسقط لما ذكرناه. ومنها: لو قتل أحد الأبوين صاحبه ولهما ولد لم يجب القصاص. لأنه لو وجب لوجب لولده، ولا يجب للولد قصاص على والده. لأنه إذا لم يجب بالجناية عليه، فلأن لا يجب بالجناية على غيره أولى. ولأن ما منع مقارنا أسقط طارئا. انظر: اللباب (١٤٤/٣) والمغني والشرح الكبير (٣٦٢/٩).

(٥) هو كتاب المنتقى في فروع الحنفية للحاكم الشهيد أبي الفضل محمد بن محمد بن أحمد المقتول شهيدا سنة ٣٣٤هـ. قال: نظرت في ٣٠٠ جزء مثل الأمالي والنوادر حتى انتقيت كتاب المنتقى. وفيه نوادر من المذهب، وهو في فروع المسائل ونوازل الوقائع. وله غيره من المصنفات منها: الكافي، وشرح الجامع، وأصول الفقه وغيرها. انظر: الفوائد البهية ص ١٨٥-١٨٦ وكشف الظنون (١٨٥١/٢) المكتبة العلمية بيروت ١٩٩٢م.

(٦) كذا في أ، وفي ب و ج (تسليمه).

(٧) وعند الشافعية أيضًا لا يجب القصاص على المجنون إذا قتل، ومحله: إذا كان الجنون مطبقا، أما المنقطع =

فإذا قتل وهو عاقل صح العمل منه ، فإذا جن بعد الوجوب لم يؤثر جنونه من إخراج الفعل المتقدم من حكم العمل .

٢٦٢٤٦ - فإذًا المعنى المسقط للقصاص إذا قارب لا يصح إن يطرأ . وهذا كما قلنا إن طلاقه لا يقع .

٢٦٢٤٧ - لأن قوله ليس بصحيح ، فإذا قال وهو عاقل : أنت طالق إن دخلت الدار ، ثم جن ودخلت وقع الطلاق ، لأن الجنون الطارئ لا يخرج قوله المتقدم من حكم الصحة .

٢٦٢٤٨ - ولا يلزم إذا أذن لرجل في قتل [(١)] عبد فشاركه من لم يأذن له لم يلزمه القصاص . ولو قتلاه من غير إذن فعفا عن أحدهما لم يسقط القصاص عن الآخر .

٢٦٢٤٩ - لأن المانع أن فعل أحدهما إذا لم يتمحض عمدا من لا قود عليه ، فإذا لم يتمحض فعلهما ثم طرأ العفو لم يتغير بالطريان ذلك التمحض ، فالمعنى المقارب الذي أثّر لا يتصور طريانه [(٢)] .

٢٦٢٥٠ - ولأن من جاز استيفاء القصاص منه بقتل الكافر ، جاز إيجاب القصاص عليه ابتداء بقتل الكافر أصله الكافر [(٣)] .

٢٦٢٥١ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ لَا يَسْتَوِىٓ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ وَأَصْحَٰبُ ٱلْجَنَّةِ ﴾ [(٤)] .

= فينظر ، إن كان في زمن إفاقته فهو كالعاقل الذي لا جنون به ، وإن كان في زمن جنونه ، فهو كالمجنون الذي لا إفاقة له . انظر : مغني المحتاج (١٥/٤) .

(١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج . وما أثبته من أ .

(٢) وحاصل هذا الدليل أنه لو منع الإسلام وجوب القصاص لمنع الاستيفاء بعد وجوبه ، وذلك فيما إذا قتل الذمي ذميا ثم أسلم بعد القتل أو بعد الجرح ، فلما لم يمنع هذا الإسلام الطارئ بعد وجوب القصاص من الاستيفاء لم يمنع الإسلام وجوب القصاص ابتداء . ونوقش هذا بأن الجنون يمنع وجوب القصاص ولا يمنع الاستيفاء استحسانا ، والثيوبة والحرية تمنع وجوب حد الأبكار والعبيد ولا يمنع الاستيفاء ، والزيادة في الموهوب تمنع عندكم الرجوع في الهبة ولا يمنع الاستيفاء . ويخالف الابن إذا ورث القصاص ، فإن هناك ابتداء إيجاب قصاص للابن على الأب ، فإذا جرح ثم أسلم أو قتل ثم أسلم فقد وجب القصاص لكافر على كافر . انظر : النكت للشيرازي الورقة أ ٢٥٣ .

(٣) وحاصل هذا الدليل قياس جواز إيجاب القصاص على المسلم ابتداء بقتل الكافر على جواز استيفاء القصاص من المسلم بسبب قتله كافرا قبل إسلامه . ونوقش هذا الدليل بأنه قياس مع الفارق فلا يصح . لأن حال الجاني وقت الجناية في الصورتين مختلف . ولأن القصاص عقوبة فكان الاعتبار فيها بحال وجوبها دون حال استيفائها كالحدود . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٤٢/٩) .

(٤) وتمام الآية الكريمة : ﴿ لَا يَسْتَوِىٓ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ وَأَصْحَٰبُ ٱلْجَنَّةِ أَصْحَٰبُ ٱلْجَنَّةِ هُمُ ٱلْفَآئِزُونَ ﴾ سورة الحشر الآية رقم ٢٠ .

٢٦٢٥٢ - قلنا : المراد به أحكام الآخرة ، بدليل قوله : ﴿ أَصْحَٰبُ ٱلْجَنَّةِ هُمُ ٱلْفَآئِزُونَ ﴾ [١] .

٢٦٢٥٣ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ [٢] .

٢٦٢٥٤ - قالوا [٣] : وهذا خبر يراد به الأمر ، وإلا وقع مخبره بخلاف الخبر [٤] .

٢٦٢٥٥ - قلنا : نعلم [٥] أن الله تعالى قد [٦] جعل للكافرين على المؤمنين السبيل في ضمان الأموال وفي كثير من الأحكام [٧] . وإنما المراد بالآية سبيل الحجة ، فإذا حمل على ذلك بقي اللفظ على ظاهر الخبر ولم نحتج إلى تعديله [٨] إلى الأمر ونترك الظاهر .

---

(١) جزء من الآية الكريمة السابقة . ووجه استدلال الشافعية بها : أن نفي التساوي بينهما يمنع من تساوي نفوسهما ، وتكافؤ دمائهما . انظر : الحاوي للماوردي (١١/١٢) . ونوقش هذا بأن عدم التسوية بين المسلم والكافر في الآية إنما هو في أمور الآخرة ، وأما في الدنيا فإن الذمي والمسلم متساويان في عصمة الدم . والحق أن الآية يحتمل عدم استوائهما في أمور الدنيا ، كما يحتمل عدم استوائهما في أمور الآخرة . فقد قال الماوردي في تفسير هذه الآية يحتمل وجهين : أحدهما : لا يستوون في أحوالهم . والثاني : لا يستوون عند الله . انظر : النكت والعيون للماوردي (٥١١/٥) دار الكتب العلمية .

(٢) الآية كاملة : ﴿ ٱلَّذِينَ يَتَرَبَّصُونَ بِكُمْ فَإِن كَانَ لَكُمْ فَتْحٌ مِّنَ ٱللَّهِ قَالُوٓا۟ أَلَمْ نَكُن مَّعَكُمْ وَإِن كَانَ لِلْكَٰفِرِينَ نَصِيبٌ قَالُوٓا۟ أَلَمْ نَسْتَحْوِذْ عَلَيْكُمْ وَنَمْنَعْكُم مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ۚ فَٱللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ ۗ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ سورة النساء الآية رقم ١٤١ .

(٣) كذا في ب و ج ، وهو ساقط من أ .

(٤) استدل الإمام الماوردي في الحاوي بهذه الآية (١١/١٢) وقال : هذا وإن كان بلفظ الخبر فالمراد به النهي . لأن الخبر لا يجوز أن يكون بخلاف مخبره . وقد نرى للكافر على المسلم سبيلا بالتسلط واليد . ونفي السبيل عنه يمنع وجوب القصاص عليه . اهـ . وقد ذكر الإمام القرطبي أن في تفسير هذه الآية تأويلات خمس : أحدها : معنى ذلك يوم القيامة . وهو قول علي وابن عباس ﷺ . والثاني : إن الله لا يجعل لهم سبيلا يمحو به دولة المسلمين . والثالث : إن الله لا يجعل للكافرين على المؤمنين سبيلا منه إلا أن يتواصوا بالباطل ولا يتناهوا عن المنكر . والرابع : إن الله لا يجعل للكافرين على المؤمنين سبيلا شرعا ، وإن وجد فبخلاف الشرع . والخامس : سبيلا أي حجة عقلية لا شرعية يستظهرون بها إلا أبطلها ، وهو قول السدي . وقد نوقش هذا الدليل بأن المراد بذلك سبيل الحجة . وأجيب بأنه ضعيف . قال القرطبي : وضعفه ابن العربي بقوله : وهذا ضعيف لعدم فائدة الخبر فيه وإن أوهم صدر الكلام معناه . فتوهم من توهم أن آخر الكلام يرجع إلى أوله . وذلك يسقط فائدته إذ يكون تكرارا . انظر : تفسير القرطبي (٤١٩/٥) .

(٥) في ب (فعلم) .

(٦) ما بين القوسين زيادة من ب و ج .

(٧) كذا في أ ، في ب و ج (الأحوال) .

(٨) في أ (أن نعدل به) ، وفي ب و ج (تعديه) .

ونحمله على العموم ولا يحتاج إلى التخصيص ، فإن هذا مستفاد بالعقل .

٢٦٢٥٦ – قلنا : قد يرد الشرع مؤكدا لما في العقل كقوله تعالى : ﴿ أَفَلَا يَنظُرُونَ إِلَى ٱلْإِبِلِ كَيْفَ خُلِقَتْ ﴾ (١) وقوله : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا۟ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ ﴾ (٢) .

٢٦٢٥٧ – احتجوا بقوله [ﷺ] (٣) : « المسلمون تتكافأ دماؤهم » (٤) .

٢٦٢٥٨ – دليله أن غيرهم لا يكافئ المسلم .

٢٦٢٥٩ – قلنا : الخبر يقتضي [أن دماء المسلمين تتكافأ مع اختلاف أحوالهم وصفاتهم . ودم غير المسلم هل يكافئ] (٥) دم المسلم موقوف على الدليل ، وفائدة تخصيص المسلم بالذكر عطف عليه أحكامها تختص المسلمين ، وفي (٦) قوله : « [ويَسعى بذمتهم] (٧) أدناهم ، وهم يد على من سواهم ، ويَعقد عليهم أوّلهم ، ويَرُدُّ عليهم أقصاهم » (٨) . وهذه [الأحكام كلها تختص] (٩) بالمسلمين ، فلذلك خص المسلمين بالذكر أول الخبر .

---

(١) سورة الغاشية الآية رقم ١٧ . (٢) سورة الإسراء الآية رقم ٣٣ .

(٣) في ب و ج (ﷺ) .

(٤) أخرجه الإمام أبو داود في كتاب الديات عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، سنن أبي داود كتاب الديات (١٨١/٤) برقم ٤٥٣١ . والنسائي في سننه كتاب الديات (٢٠/٨) برقم ٤٧٣٥ . وابن ماجه في سننه كتاب الديات باب : المسلمون تتكافأ دماؤهم (٨٩٥/٢) برقم ٢٦٨٣ والإمام أحمد في مسنده في مسند عبد الله بن عمرو بن العاص ﷺ (١٩٥/٢) وأخرجه الحاكم في المستدرك كتاب قسم الفيء (١٤١/٢) دار المعرفة بيروت والإمام البيهقي في السنن الكبرى كتاب الجنايات ٢٩/٨ ط الهند . ووجه الاستدلال بالحديث الشريف أنه دل على أن دماء المسلمين لا يكافئ دماء الكفار ، وأنه لا يقتل مسلم بكافر . انظر : النكت للشيرازي ورقة ب ٢٥٢ والمغني والشرح الكبير (٣٤١/٩) . ونوقش هذا : بأن قوله (المسلمون تتكافأ دماؤهم) لا ينفي مكافأة دماء غير المسلمين وفائدته ظاهرة ، وهي إيجاب التكافؤ بين الحر والعبد والشريف والوضيع والصحيح والسليم . وهذه كلها فوائد هذا الخبر وأحكامه ، وكلها تختص بالمسلمين .

(٥) قوله : أن دماء المسلمين – إلى آخر قوله – هل يكافئ ساقط من ب و ج .

(٦) كذا في النسخ الثلاثة . (٧) في ب و ج (ويشهد منهم) .

(٨) جزء من الحديث السابق الذي أخرجه أبو داود في كتاب الديات عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ : (المسلمون تتكافأ دماؤهم ، يسعى بذمتهم أدناهم ، ويجير عليهم أقصاهم ، وهم يد على من سواهم ، يرد مشدهم على مضعفهم ، ومتسريهم على قاعدهم ، لا يقتل مؤمن بكافر ، ولا ذو عهد في عهده) سنن أبي داود كتاب الديات (١٨١/٤) برقم ٤٥٣١ . ورواه ابن ماجه بلفظ قريب في كتاب الديات (٨٣٥/٢) برقم ٢٦٨٥ .

(٩) كذا في أ ، وفي ب (أحكام كلها تختص) وفي ج (أحكام تختص كلها) .

٢٦٢٦٠ - احتجوا (١) : بقوله [ﷺ] (٢) : « لا يُقتل مؤمن بكافرٍ ولا ذو عهدٍ في عهدِهِ » (٣) .

٢٦٢٦١ - الجواب : أن حرف العطف إذا عطف مفردا على مفرد بمنزلة حرف التثنية ، بدلالة قوله :

كأن (٤) بين فَكِّها والفَكِّ [فأرة مسك ذُبِحَتْ في سُكِّ] (٥)

٢٦٢٦٢ - يقتضي : لا يقتل مؤمن ولا ذو عهد في عهده بكافر (٦) . وفصل

---

(١) انظر : الأم (٣٤٠/٧) وبداية المجتهد (٣٩٩/٢) .

(٢) في ب و ج (ﷺ) .

(٣) أخرجه الإمام أبو داود في سننه كتاب الديات باب أيقاد المسلم بالكافر ؟ (١٨١/٤) برقم ٤٥٣٠ . والنسائي في سننه كتاب القسامة باب سقوط القود من المسلم للكافر (٢٤/٨) برقم ٤٧٤٥ . وابن ماجه في كتاب الديات باب لا يقتل المسلم بالكافر . سنن ابن ماجه (٢٨٨/٢) برقم ٢٦٦٠ . وصححه الحاكم وقال : هذا حديث صحيح على شرط الصحيحين ولم يخرجاه . انظر : المستدرك كتاب قسم الفيء (١٤١/٢) . وأخرجه عبد الرزاق في المصنف كتاب العقول (٩٩/١٠) برقم ١٨٥٠٧ . تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ط المجلس العلمي جنوب إفريقيا . ط أولى ١٩٧٢م .

(٤) في النسخ الثلاثة (كأنهن) وهو تحريف .

(٥) في أ (إن كاره عليها فعلى) وفي ب و ج (إنكاره عليها فعلى) . ولعله تحريف ، والصواب هو ما أثبت لما ورد في كتب اللغة . والرجز لمنظور بن مرثد الأسدي في لسان العرب (١٨٤٨/٣) مادة زكك و (٣٤٥٢/٥) مادة فكك . وخزانة الأدب (٤٦٢/٧ و ٤٦٨) . لعبد القادر بن عمر البغدادي المتوفى ١٠٩٢هـ تحقيق عبد السلام محمد هارون الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٩م وأسرار العربية لابن الأنباري المتوفى ٥٧٧هـ ص٤٨ تحقيق محمد بهجت البيطار مطبعة الترقي بدمشق ١٩٥٧م والأمالي لابن الشجري المتوفى ٥٤٢هـ (١١/١) تحقيق محمود محمد الطناحي . مكتبة الخانجي بالقاهرة . والمعجم المفصل في شواهد النحو الشعرية (١٢٢٤/٣) . والشاهد فيه قوله : بين فكها والفك ، يريد بين فكيها ، لكنه أفرد المتعاطفين ضرورة . وفأرة مسك : وعاؤه الذي يجتمع فيه ، والسك : ضرب من الطيب .

(٦) نوقش استدلال الشافعية ومن معهم بقوله عليه الصلاة والسلام : لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده) بأن قوله : (ولا ذو عهد في عهده) معطوفة على ما قبلها . لأنه لو كانت جملة مستأنفة لأخلينا اللفظ من الفائدة . لأنه من المعلوم أن الذمي محظور القتل . وحكم كلام النبي ﷺ حمله على مقتضاه في الفائدة ، وغير جائز إلغاؤه ، ولا إسقاط حكمه . فيكون تقديره : لا يقتل مسلم ولا ذو عهد بكافر . والمراد به الكافر الحربي . ولهذا عطف ذو عهد وهو الذمي على المسلم . لأن الذمي إذا قتل ذميا يقتل به اتفاقا . وإذا قتل حربيا لا يقتل به اتفاقا أيضًا . فعلم أن المراد به الحربي . ودليل عطفها على المسلم ، أن كلمة ذو جاءت مرفوعة ، فلو كانت معطوفة على كلمة كافر لكانت مجرورة . انظر : أحكام القرآن لأبي بكر الجصاص (١٧٧/١) . والدليل عليه أنه شرط بقاء العهد ، وبقاء العهد ليس بشرط في نفي القصاص . انظر : الأم (٣٤٠/٧) والنكت للشيرازي الورقة ٢٥٢ والحاوي للماوردي (١٢/١٢) وسبل السلام للصنعاني (٤٨١/٣) دار الريان للتراث ط الرابعة ١٩٨٧م .

بالمفعول به بين ما استند إليه الفعل وما عطف عليه . وهذا سائغ [١] .

٢٦٢٦٣ - ومنه [قوله تعالى] [٢] : ﴿ ءَامَنَ ٱلرَّسُولُ بِمَآ أُنزِلَ إِلَيْهِ مِن رَّبِّهِۦ وَٱلْمُؤْمِنُونَ ﴾ [٣] وقوله تعالى : ﴿ إِنَّ رَبَّكَ يَعْلَمُ أَنَّكَ تَقُومُ ﴾ [٤] الآية . فالتقدير : إن ربك يعلم أنك تقوم أنت وطائفة من الذين معك أدنى من ثلثي الليل ، وآمن الرسول والمؤمنون بما أنزل إلى الرسول من ربه [٥] .

٢٦٢٦٤ - وقد قرأ أبو جعفر [٦] والحسن [٧] و [٨] ابن عامر [٩] [وأبو عمرو] [١٠] وغيرهم : ﴿ عَٰلِيَهُمْ ثِيَابُ سُندُسٍ خُضْرٌ وَإِسْتَبْرَقٍ ﴾ [١١] جرا [١٢] . تقديره : ثيابُ سندسٍ وإستبرقٍ خضرٌ فعطف [١٣] صفةُ المضاف بين المضاف إليه وما عُطف عليه [١٤] . قال أبو

(١) في ب و ج (شائع) .

(٢) ما بين المعكوفتين ليست في النسخ الثلاثة . وأثبت لسياق الكلام .

(٣) سورة البقرة الآية رقم ٢٨٥ .

(٤) سورة المزمل الآية رقم ٢٠ .

(٥) انظر : الفريد في إعراب القرآن المجيد للهمداني المتوفى سنة ٦٤٣هـ (٥٣٣/١ . ٤/ ٥٥٦) تحقيق : د.فهمي حسن النمر وزميله ، دار الثقافة ، الدوحة .

(٦) هو يزيد بن القعقاع المخزومي المدني . أحد القراء العشرة . تابعي مشهور . عرض القرآن على مولاه عبد الله بن عياش بن أبي ربيعة ، وعبد الله بن عباس وأبي هريرة وروي عنهم . وروي القراءة عنه نافع بن أبي نعيم وغيرهم . قال يحيى بن معين : كان إمام أهل المدينة في القراءة فسمي القارئ بذلك . وكان ثقة قليل الحديث . توفي ﷺ بالمدينة سنة ١٣٠هـ . (انظر : طبقات القراء ٣٨٤/٢) .

(٧) هو الحسن بن علي بن أحمد بن بشار . أبو محمد النيسابوري البصري . مقرئ متصدر أخذ القراءة عرضا عن أبي بكر النقاش . روي القراءة عنه أبو علي الحسن بن القاسم في البصرة . (انظر : غاية النهاية في طبقات القراء ١/ ٢٢٢) .

(٨) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٩) هو عبد الله بن عامر بن يزيد بن تميم اليحصبي . أبو عمران ، إمام أهل الشام في القراءة ، والذي انتهت إليه مشيخة الإقراء بها . ولد سنة ثمان من الهجرة وتوفي بدمشق يوم عاشوراء سنة ١١٨هـ . (انظر : غاية النهاية في طبقات القراء ١/ ٤٢٣)

(١٠) ما بين القوسين ساقط من ب و ج . وأبو عمرو هو زبان بن العلاء بن عمار بن العريان . أبو عمرو التميمي المازني البصري . أحد القراء السبعة . ولد سنة ٦٨هـ . سمع أنس بن مالك وغيره . وكان أعلم الناس بالقرآن والعربية مع الصدق والثقة والزهد . توفي ﷺ سنة ١٥٤هـ بالكوفة . (انظر : غاية النهاية في طبقات القراء ٢٨٨/١) .

(١١) سورة الإنسان الآية رقم ٢١ .

(١٢) ما بين القوسين ساقط من ب .

(١٣) في ب و ج (عطف) .

(١٤) انظر : إعراب القراءات السبع وعللها لابن خالويه الهمذاني (٤٢٣/٢) تحقيق د عبد الرحمن بن سليمان العثيمين مكتبة الخانجي بالقاهرة . ط أولى ١٩٩٢م وإتحاف فضلاء البشر بالقراءات الأربعة عشر للعلامة أحمد بن محمد البنا المتوفى سنة ١٧٠٥م تحقيق شعبان محمد إسماعيل مكتبة الكليات الأزهرية ، ط أولى ، ١٩٨٧م .

علي [١] : وهذه القراءة أقوى [٢] ، كقوله تعالى : ﴿ وَيَلْبَسُونَ ثِيَابًا خُضْرًا مِّن سُندُسٍ وَإِسْتَبْرَقٍ ﴾ [٣] فكذلك جواز الفصل في الخبر بين ما استند إليه الفعل وما عطف عليه .

٢٦٢٦٥ - ولا يجوز أن يكون الكافر الذي لا يقتل به المعاهد إلا من لا عهد له ، وذلك لا يقتل به المسلم عندنا [٤] . وهذا وجه تأويل لا يحتاج فيه إلى تقدير حذف . ومخالفنا لا بد أن يقدر في الحديث [٥] حذفا [٦] ، وهو قوله : لا يقتل مؤمن بكافر ، ولا يقتل ذو عهد في عهده . ولو تساوى التأويلات [٧] وقف دليلهم . كيف إذا قدرنا تقديرا لا حذف فيه وقدروا تقديرا حذفوا منه الفعل [٨] .

٢٦٢٦٦ - وجواب آخر : وهو أن الجملة من المبتدأ والخبر تكون حالا . قال الله تعالى : ﴿ يَغْشَىٰ طَآئِفَةً مِّنكُمْ وَطَآئِفَةٌ قَدْ أَهَمَّتْهُمْ أَنفُسُهُمْ ﴾ [٩] قال سيبويه [١٠] :

---

(١) هو الحسن بن أحمد بن عبد الغفار بن سليمان بن أبان . الإمام أبو علي الفارسي النحوي المشهور . انتهت إليه رئاسة علم النحو . روي القراءة عرضا عن أبي بكر بن مجاهد . ألف كتاب الحجة والتذكرة ، توفي سنة ٣٧٧هـ . (انظر : غاية النهاية في طبقات القراء ٢٠٦/١) .

(٢) قال أبو علي الفارسي : أوجهُ هذه الوجوه قول من قال : ثيابُ سندسٍ خضرٌ وإستبرقٍ برفع الخضر ، لأنه صفة مجموعه لموصوف مجموع ، فأتبع الخضر الذي هو جمع مرفوع ، الجمع المرفوع الذي هو ثياب . وأما إستبرق فجُرَّ من حيث كان جنسا أضيفت إليه الثياب كما أضيفت إلى سندس ، فكان المعنى ثيابهما ، فأضاف الثياب إلى الجنسين كما تقول : ثياب خزٍ وكتّانٍ ، فتضيفهما إلى الجنسين . ودل على ذلك قوله تعالى : ﴿ وَيَلْبَسُونَ ثِيَابًا خُضْرًا مِّن سُندُسٍ وَإِسْتَبْرَقٍ ﴾ سورة الكهف الآية ٣١ . انظر : كتاب الحجة للقراء السبعة لأبي على الفارسي (٣٥٧/٦) دار المأمون للتراث ، دمشق ، ط أولى ١٩٩٣م .

(٣) سورة الكهف : الآية ٣١ .

(٤) أي لا يقتل المسلم والذمي بالمستأمن . انظر : ملتقى الأبحر (٢٨٦/٢) .

(٥) في النسخ الثلاثة (الآية) وهو خطأ . لأن المقصود هنا هو الحديث لا الآية .

(٦) في جميع النسخ الثلاثة (حذف) .

(٧) كذا في ب و ج ، وفي أ (الدليلان) ولعله تحريف .

(٨) ما ذكره القدوري هنا أجيب عنه فيما سبق بأنه لا يجب التقدير . لأن الجملة الثانية جملة تامة فلا يحتاج إلى إضمار . لأن الإضمار خلاف الأصل فلا يصار إليه إلا للضرورة . ولأن مقتضى العطف الاشتراك لا الاشتراك من كل وجه . انظر : سبل السلام (٤٨١/٣) .

(٩) سورة آل عمران الآية رقم ١٥٤ . جاء في إعراب الآية : وهذه الواو أعني واو (وطائفة) تسمى واو الحال وواو الابتداء ، وبمعنى إذ ، والجملة في موضع الحال . انظر : الفريد في إعراب القرآن المجيد للهمداني (٦٤٧/١) .

(١٠) هو عمرو بن عثمان بن قنبر ، أبو بشر المعروف بسيبويه . إمام البصريين . علامة النحو المعروف . من أحسن مؤلفاته كتابه المسمى (الكتاب) من أجل ما ألف في هذا الشأن . توفي سنة ١٨٠هـ . (انظر : شذرات الذهب ١/ ٢٥٢) .

فلما وجُهوه [١] على طائفة يغشى منكم في هذه الحال ، كأنه قال : طائفة قد أهمتهم . وإنما فعلها وقتا ولم يرد أن يجعلها واو عطف ، وإنما هي واو الابتداء [٢] .

٢٦٢٦٧ - وهذا القول : [خرجت وزيد قائم . فقولهم : وزيد قائم ، جملة مبتدأ وخبر وهي حال ، كأنه قال] [٣] : خرجت [والآن] [٤] زيد قائم ؟ فعلى هذا تقدير الخبر : لا يقتل مؤمن بكافر ، وليس ذو عهد في عهده . ولقد [٥] قدرنا ارتفاع العهد [٦] عن جميع المعاهدين لم يقتل مؤمن بكافر .

٢٦٢٦٨ - ومثله في المعنى إنشاد أبي [٧] زيد الأنصاري [٨] بأيدي [٩] رجالٍ لم يَشِيمُوا سيُوفَهُم ولم تَكثُر القتلى بها حين سُلَّتْ [١٠] .

٢٦٢٦٩ - وهذا التأويل أيضًا لا يُدخل الكلامَ [حذفا] [١١] ، وما سوى ذلك من تأويلهم لا بد من دخول الحذف [١٢] . وقد حذفوا [١٣] في هذا الكلام فقال : قد روي

---

(١) في ب و ج (وجهوا) .

(٢) انظر : الكتاب لسيبويه (١/ ٩٠) . تحقيق عبد السلام هارون ، الهيئة المصرية العامة للكتاب . ط الثانية ١٩٧٧م .

(٣) قوله : خرجت وزيد قائم - إلى آخر قوله - كأنه قال ساقط من ب و ج .

(٤) زيادة اقتضاها السياق .

(٥) كذا في النسخ الثلاثة .

(٦) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٧) في أ (أفي) وفي ب و ج (في) .

(٨) هو سعيد بن أوس بن ثابت بن بشير بن أبي زيد الأنصاري النحوي البصري . صاحب النحو واللغة . كان ثقة ثبتا من أهل البصرة . له مصنفات في الآداب منها : كتاب اللغات وكتاب النوادر وكتاب الجمع والتثنية وغيرها . مات بالبصرة سنة ٢١٥هـ . (انظر : تهذيب الكمال ٣٣٠/١٠ وتاريخ بغداد ٧٧/٩ ووفيات الأعيان ٣٧٨/٢) .

(٩) في النسخ الثلاثة (معير بأيدي) والصواب ما أثبت لما جاء في كتب اللغة والشعر .

(١٠) البيت نسب إلى الفرزدق ولم أجده في ديوانه . وهو في شرح ديوان الحماسة للمرزوقي (١٢٢/١) لجنة التأليف والترجمة والنشر ط الثانية ١٩٦٧م . ولسان العرب (١١٢٩/٢) مادة خرر . و٢٣٨٠/٣ مادة شيم . وشواهد المغني للسيوطي (٧٧٨/٢) . والشاهد فيه قوله : (ولم تكثر القتلى) حيث جاءت الواو حالية على مذهب جماعة من النحاة ، وهي للعطف عند جماعة أخرى . انظر : المعجم المفصل في شواهد النحو الشعرية . (١٤٨/١) د أميل بديع يعقوب دار الكتب العلمية بيروت ط أولى ١٩٩٢م .

(١١) في النسخ الثلاثة (حذف) .

(١٢) ويمكن أن يناقش جوابهم هذا بأن جوابكم مبني على تقدير كلمة (بكافر) في آخر الحديث وهو خلاف الأصل . فيبقى قوله عليه الصلاة والسلام : (ولا ذو عهد في عهده) جملة مستأنفة قيلت حتى لا يتوهم إباحة دم الذمي ابتداء كما سبق .

(١٣) كذا في ج ، وفي أ و ب (هزموا) ولعله تحريف .

الخبر من غير عطف [١] وهو قوله : [لا يقتل مؤمن بكافر] [٢] وهذا كلام ضعيف .

٢٦٢٧٠ - لأن هذا خبر واحد روي بعض الرواة بعضه وروي بعضهم تمامه .

٢٦٢٧١ - وقد عاب أصحاب مالك [٣] والشافعي بهذا فقالوا [٤] : لم يرو [٥] من غير عطف . ما لا مقطوع يعدل هذا الخبر المتصل إلى غير مقطوع [٦] .

---

(١) انظر : الأم (٣٠٧/٧) .

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٢١٥/٢) والبيهقي في السنن الكبرى (٢٩/٨) وابن أبي شيبة في مصنفه (٢٩٤/٩) كلهم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . والإمام الشافعي في مسنده ص ٣٤٤ وعبد الرزاق في مصنفه (٩٨/١٠) مرسلا . قال الإمام البغوي في شرح السنة ٣٨٨/٥ : هذا حديث صحيح . وأخرجه الإمام البخاري والترمذي وابن ماجة بلفظ (لا يقتل مسلم بكافر) عن أبي جحيفة . صحيح البخاري كتاب العلم باب كتابة العلم (٥٣/١) ، وكتاب الديات باب لا يقتل المسلم بالكافر (٢٥٣٤/٦) . وباب العاقلة (٢٥٣١/٦) وكتاب الجهاد باب فكاك الأسير (١١١٠/٣) . وسنن الترمذي كتاب الديات باب ما جاء لا يقتل مسلم بكافر (٢٥/٤) برقم ١٤١٢ . وسنن ابن ماجه كتاب الديات باب لا يقتل المسلم بالكافر (٨٨٧/٢) برقم ٢٦٥٨ . استدل الإمام الشافعي بهذا الحديث فقال : قال رسول الله ﷺ : (لا يقتل مسلم بكافر) ثم إن كان قال : (ولا ذو عهد في عهده) فإنما قال : ولا يقتل ذو عهد في عهده ، تعليما للناس ، إذ سقط القود بين المؤمن والكافر أنه لا يحل لهم قتل من له عهد من الكافرين . انظر : الأم (٣٤٠/٧) .

(٣) هو الإمام مالك بن أنس بن مالك الأصبحي ، إمام دار الهجرة وأحد الأئمة الأربعة . جمع بين الحديث والفقه والرأي . وهو الذي قيل عنه : لا يفتى ومالك في المدينة . جمع الحديث في الموطأ . وتوفي رحمه الله سنة ١٧٩هـ في خلافة هارون الرشيد ودفن بالبقيع . (انظر : الديباج المذهب ٦٣/١ وشذرات الذهب ٢٨٩/١)

(٤) في ب و ج (وقالوا) .

(٥) في ب (يرد) وهو تحريف .

(٦) كذا في النسخ الثلاثة ، ولعل في العبارة سقطا . وقد نوقش استدلال الشافعية بما روي من غير عطف بأن هذا الكلام الذي حكاه أبو جحيفة في هذا الحديث عن علي رضي الله عنه لم يكن منفردا . ولو كان منفردا لاحتمل ما قالوه . ولكنه كان موصولا بغيره . فكل ما روي عن علي رضي الله عنه بعطف ومن غير عطف فهو في الحقيقة حديث واحد قد عزاه أبو جحيفة إلى الصحيفة وكذلك قيس بن عباد . وإنما حذف بعض الرواة ذكر العهد . فأما أصل الحديث فواحد . ومع ذلك فلو لم يكن في الخبر دليل على أنه حديث واحد لكان الواجب حملهما على أنهما وردا معا . وذلك لأنه لم يثبت أن النبي ﷺ قال ذلك في وقتين : مرة مطلقا من غير ذكر ذي العهد ، وتارة مع ذكر ذي العهد . انظر : شرح معاني الآثار للطحاوي (١٩٣/٣) وأحكام القرآن للجصاص (١٧٧/١) ويجاب عن هذا بأن قوله عليه الصلاة والسلام : (لا يقتل مؤمن بكافر) كلام تام بنفسه . فلا وجه لضمه إلى ما بعده وإبطال حكم ظاهره . وصحيفة علي رضي الله عنه قد تضمن أحكاما غير هذا . ولا مانع أن يتضمن الحديث أكثر من حكم شرعي دون أن يقتصر على حكم معين كما هو الحال في هذا الحديث الشريف . انظر : معالم السنن للخطابي (١٨/٤) وشرح السنة للبغوي (٣٩٠/٥) .

٢٦٢٧٢ - قالوا : روي عن عمر [١] وعثمان [٢] وعلي [٣] وزيد بن ثابت [٤] وابن مسعود [٥] [ﷺ] مثل قولنا ولا مخالف لهم [٦] .

٢٦٢٧٣ - قلنا : هذا كلام من لم يعرف الحديث . لأن الخبر المشهور أن مسلما قتل عِباديا [٧] من أهل الحيرة ، فذهب أخوه إلى عمر [ﷺ] ، وكتب عمر أن يقتل ، فجعل يقول : اقتل ، فيقول : حتى يجيء (الغيظ) [٨] . وكتب عمر أن يودى ولا يقتل .

٢٦٢٧٤ - وقد قيل : إن عمر قيل له : إن القاتل فرسان المسلمين [٩] ، ويجوز أن

---

(١) هو عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى القرشي العدوي . أبو حفص ، أمير المؤمنين . كان من أشراف قريش ، وإليه كانت السفارة في الجاهلية . أسلم بعد أربعين رجلا وإحدى عشرة امرأة . شهد بدرا والمشاهد كلها . وولي الخلافة بعد أبي بكر . ومناقبه كثيرة جدا . قتل سنة ٢٣هـ . ودفن مع رسول الله ﷺ في بيت عائشة رضي الله عنها . انظر : تهذيب التهذيب (٣٨٣/٧) .

(٢) هو عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية ، أبو عبد الله . ثالث الخلفاء الراشدين ، وأحد المبشرين بالجنة . ومناقبه كثيرة . حوصر في منزله وقتل ودفن بالبقيع سنة ٣٥هـ . انظر : شذرات الذهب (٤٠/١) .

(٣) هو علي بن أبي طالب بن عبد المطلب الهاشمي القرشي ، أمير المؤمنين ورابع الخلفاء الراشدين ، وأحد المبشرين بالجنة . ابن عم النبي ﷺ وزوج السيدة فاطمة الزهراء . ضربه عبد الرحمن بن ملجم فبقي يوما ثم مات سنة ٤٠هـ . ودفن في الكوفة وغيب قبره وخلافته ، وخلافته أربع سنين وأشهر وأيام . (انظر : صفة الصفوة ١٣٩/١ وشذرات الذهب ٥٣/١) .

(٤) هو زيد بن ثابت بن الضحاك ، أبو سعيد الأنصاري الخزرجي . من أكابر الصحابة . كان يكتب الوحي لرسول الله ﷺ . أعلم الصحابة بالفرائض . أمره أبو بكر أن يجمع القرآن . وأمره عثمان فكتب المصحف . توفي سنة ٤٥هـ . (انظر : صفة الصفوة ٣١٣/١ وطبقات الحفاظ ١/ ٨) .

(٥) هو عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي . أبو عبد الرحمن . من أكابر الصحابة ومن السابقين إلى الإسلام . ولي قضاء الكوفة وبيت المال لعمر وصدرا من خلافة عثمان . مات عن نيف وستين سنة ودفن بالبقيع سنة ٣٢هـ . انظر : الطبقات الكبرى (١٠٦/٣) وصفة الصفوة (١٧٣/١) .

(٦) انظر : النكت للشيرازي الورقة ب ٢٥٢ والحاوي للماوردي (١٤/١٢) ومعرفة السنن للبيهقي (٢٨/١٢) برقم ١٥٧٥٣ والمغني والشرح الكبير (٣٤١/٩) .

(٧) عِبادي . نسبة إلى العباد بالكسر ، وهي قبائل شتى اجتمعوا على النصرانية بالحيرة . انظر : القاموس المحيط للفيروزآبادي (٣٢٣/١) فصل العين باب الدال . دار الجيل بيروت .

(٨) في النسخ الثلاثة (الايغيظ) .

(٩) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (١٩٦/٣) وعبد الرزاق في المصنف (١٠٢/١٠) باب قود المسلم بالذمي برقم ١٨٥٢٠ وابن أبي شيبة في مصنفه كتاب الديات (٢٩٢/٩) برقم ٧٥٢٠ . وأخرجه أيضًا الإمام ابن عبد البر في الاستذكار (١٧٢/٢٥) والبيهقي من طريق الشافعي أن رجلًا من بكر بن وائل قتل رجلا من أهل الحيرة . فذكره نحوه . انظر السنن الكبرى (٣٢/٨) .

يكون أسقط القصاص لأن الأخ أخبر أنه يقتله غيظا لا قصاصا .

٢٦٢٧٥ - ولما قتل [عُبَيدُ اللّٰه] (١) ابنه الهُرْمُزَانَ (٢) و (جُفَيْنَةَ) (٣) ، وكان نصرانيا من أهل الحيرة ، فلما استخلف عثمان ﷺ ، دعا المهاجرين والأنصار فقال : أشيروا علي (في) (٤) هذا الرجل الذي قد فَتَقَ من الدين ما فتق . فاجتمع (المهاجرون) (٥) فيه على كلمة واحدة يأمرونه (٦) بالشدة عليه ويحثون عثمان على قتله ، فكان فوج الناس أعظم مع عبيد اللّٰه (٧) ، يقولون لجُفَيْنَةَ والهُرْمُزَانَ : (أبعدهما اللّٰه) (٨) .

---

(١) في النسخ الثلاثة (عبد اللّٰه) وهو خطأ وما أثبته هو الصحيح . و عبيد اللّٰه بن عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدوي . أبو عيسى . ولد على عهد رسول اللّٰه ﷺ وكان من شجعان قريش وفرسانهم . شهد صفين مع معاوية وقتل فيها سنة ٣٧هـ . (انظر : شذرات الذهب ٤٦/١) .

(٢) هو الهرمزان صاحب تستر ، وهو من جملة الملوك الذين تحت يد يزدجرد . عندما فتح تستر بعثه أبو موسى الأشعري إلى عمر ﷺ ، ففرض له وسماه عرفطة ، وأقام بالمدينة . قتله عبيد اللّٰه بن عمر ﷺ . (انظر : تاريخ الإسلام للذهبي ، عهد الخلفاء الراشدين ص ٢٩٤)

(٣) كذا في أ ، وفي ب و ج (جفنة) .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٥) في ب (المهاجرين) .

(٦) ما بين القوسين في النسخ الثلاثة (فأمر فيه) .

(٧) في ب و ج (عبد اللّٰه) .

(٨) في ب و ج (بعدهما اللّٰه) . هذه القصة أخرجها الإمام الطحاوي عن ابن شهاب أنه قال : أخبرني سعيد بن المسيب أن عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق قال : حين قتل عمر مررت على أبي لؤلؤة ومعه هرمزان ، فلما بغتهم ثاروا ، فسقط من بينهم خنجر له رأسان ممسكة في وسطه ، قال : قلت فانظروا لعله الخنجر الذي قتل به عمر فنظروا ، فإذا هو الخنجر الذي وصف عبد الرحمن . فانطلق عبيد اللّٰه بن عمر حين سمع ذلك من عبد الرحمن ومعه السيف حتى دعا الهرمزان ، فلما خرج إليه قال : انطلق حتى ننظر إلى فرس لي ، ثم تأخر عنه إذا مضى بين يديه علاه بالسيف ، فلما وجد مس السيف قال : لا إله إلا اللّٰه . قال عبيد اللّٰه : ودعوت جفينة وكان نصرانيا من نصارى الحيرة . فلما خرج إلي علوته بالسيف فصلت بين عينيه . ثم انطلق عبيد اللّٰه فقتل ابنة أبي لؤلؤة ، صغيرة تدعي الإسلام . فلما استخلف عثمان ، دعا المهاجرين والأنصار فقال : أشيروا علي في هذا الرجل الذي فتق من الدين ما فتق . فاجتمع المهاجرون فيه على كلمة واحدة يأمرونه بالشدة عليه ويحثون عثمان على قتله ، وكان فوج الناس الأعظم مع عبيد اللّٰه يقولون لجفينة والهرمزان أبعدهما اللّٰه . فكان في ذلك الاختلاف . ثم قال عمرو بن العاص : يا أمير المؤمنين ، إن هذا الأمر قد أعفاك اللّٰه من أن تكون بعد ما قد بويعت ، وإنما كان ذلك قبل أن يكون لك على الناس سلطان . فأعرض عن عبيد اللّٰه ، وتفرق الناس عن خطبة عمرو بن العاص ، وودي الرجلين والجارية . انظر : شرح معاني الآثار (١٩٤/٣) والمحلى (٥٢٧/١٢) وتاريخ الإسلام للذهبي عهد الخلفاء الراشدين ص٢٩٤ . قال الإمام الطحاوي بعد ذكر القصة : ففي هذا الحديث أن عبيد اللّٰه ﷺ قتل جفينة وهو مشرك ، وضرب الهرمزان وهو كافر ثم كان إسلامه بعد ذلك . فأشار المهاجرون رضوان اللّٰه عليهم على عثمان بقتل عبيد اللّٰه وعلي فيهم . انظر : شرح معاني الآثار (١٩٤/٣) . =

٢٦٢٧٦ - فهذا يدل من قول المهاجرين أن المسلم يقتل بالنصراني .

٢٦٢٧٧ - وروي (أبو الجَنُوب) [(١)] الأسَدي [(٢)] قال : جاء رجل من أهل الحيرة إلى علي [ﷺ] فقال : يا أمير المؤمنين ، رجل من المسلمين قتل ابني ولي البينة ، فجاء الشهود فشهدوا ، وسأل عنهم فزُكُوا ، وأمر بالمسلم فأُقْعِد ، وأعطى الحيري سيفا وقال : اخرجوا معه إلى الجَبَّانَة [(٣)] فليقتله ، فتَبَاطَأَ الحيري ، فقال له بعض القوم : هل لك في الدية تعيش بها وتصنع عندنا يدا ، فقال : نعم . وغمد السيف وأقبل إلى علي [(٤)] ، فقال له علي : لعلهم منعوك [(٥)] أو هَدَّدُوك [(٦)] .

٢٦٢٧٨ - قال : لا والله يا أمير المؤمنين ، ولكن الدية . قال : أنت أعلم . ثم أقبل على القوم فقال : إنما أعطيناهم الذي أعطيناهم ليكون دماؤنا كدمائهم [(٧)] .

= وقال الزيلعي : ولا يقال : لعل عثمان أراد قتله بنت أبي لؤلؤة لا بجفينة والهرمزان . لأنا نقول : لو أراد ذلك لبينه أنه يقتله بها لا بهما ، لأن الناس كانوا يقولون بين يديه : أبعدهما الله . فمحال أن لا يبين ذلك مع هذا القول من الناس بين يديه . انظر : تبيين الحقائق مع حاشية الشلبي (١٠٤/٦) . وأجاب الإمام الشافعي عن قول الحنفية في هذا الأثر من وجهين : أحدها : لا يسلم أن الهرمزان كان كافرا عندما ضربه عبيد الله بن عمر ، لأنه كان قد أسلم قبل ذلك ، مستدلا بالأحاديث التي تثبت أن الهرمزان كان قد أسلم وفرض له عمر وأنه خرج مع عمر رافعا يديه يهل أو يكبر ، وهو معروف مشهور بين أهل المغازي . وإنما قال : لا إله إلا الله تعجبا أو تبعيدا لما اتهمه به عبيد الله بن عمر ﷺ . انظر : معرفة السنن والآثار للبيهقي (١٢/ ٢٣-٢٥) والسنن الكبرى له أيضًا (٣٤/٨) .

(١) في النسخ الثلاثة (ابن الحيدر) .

(٢) هو عقبة بن علقمة اليشكري ، أبو الجنوب الكوفي . روي عن علي بن أبي طالب وروي عنه عبد الله بن عبد الله الرازي وأبو عبد الرحمن بن منصور العنزي الفزاري ، قال أبو حاتم : ضعيف الحديث بين الضعف . روي له الترمذي حديثًا واحدًا . وقال الدارقطني : ضعيف الحديث . شهد موقعة الجمل مع علي بن أبي طالب ﷺ . (انظر : تهذيب الكمال ٢١٣/٢٠ ترجمة ٣٩٨٣ . وتهذيب التهذيب ٢٢٠/٧ والجرح والتعديل لابن أبي حاتم ٣١٣/٦ ترجمة ١٧٤٣ وسنن الدارقطني ٢٣١/١ و ١٤٨/٣)

(٣) الجَبَّانَة : المقبرة والصحراء . انظر : القاموس المحيط ، باب النون فصل الجيم . مادة جبن .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ب و ج . (٥) في ب و ج (فيقول) .

(٦) في ب و ج (هددك) .

(٧) أخرجه الإمام الشافعي في مسنده عن أبي الجنوب الأسدي قال : أتي علي بن أبي طالب ﷺ برجل من المسلمين قتل رجلا من أهل الذمة . قال : فقامت عليه البينة فأمر بقتله . فجاء أخوه فقال : إني قد عفوت عنه . قال : فلعلهم هددوك أو فرقوك أو فزعوك . قال لا ولكن قتله لا يرد علي أخي وعوضوني فرضيت . قال : أنت أعلم . من كان له ذمتنا فدمه كدمنا ، وديته كديتنا . انظر : مسند الإمام الشافعي كتاب الديات =

٢٦٢٧٩ - احتجوا : بأنه منقوص بالكفر ، وإذا قتله مسلم لم يجب عليه القود كالمستأمن . أو لأنه محقون الدم بعهد ، فإذا قتله من حقن دمه بدينه لم يقتل به .

٢٦٢٨٠ - وربما قالوا : محقون الدم بأمان فلم يكن مكافئا بمحقون الدم بإيمان [١] .

٢٦٢٨١ - قلنا : الكفر نوع نقص وأنواع النقص كلها غير مؤثرة في القصاص في النفس . كذلك هذا النوع يلحق بها ، لأن النقص كالكفر لو كان [٢] شبهة [٣] في سقوط القصاص عن المسلم ، كان تأثير هذه الشبهة في الاستيفاء الذي هو العقوبة [٤] أولى من تأثيرهما في الوجوب ، لأن الاستيفاء هو (العقوبة) [٥] فالتأثير فيه أولى .

٢٦٢٨٢ - والمعنى في المستأمن أن دمه لم يحقن على التأبيد ، وإنما هو موقوف بدلالة إباحة دمه من غير فعل تحدد [٦] في جهته ، إذا انقضت المدة فامتنع من الخروج أخرجناه إلى مأمنه ثم حل دمه .

٢٦٢٨٣ - وليس كذلك الذمي ، لأن حقن دمه مؤبد ، بدلالة أنه لا يحل إلا لمعنى يوجد منه ، كما لا [٧] يباح دم المسلم إلا بحدوث معنى منه .

= والقصاص . ص ٣٤٤ . وأخرجه أيضًا الإمام البيهقي في السنن الكبرى كتاب الجنايات باب بيان ضعف الخبر الذي روي في قتل المؤمن بالكافر وما جاء عن الصحابة في ذلك (٣٤/٨) . ورد على احتجاج الحنفية بالأثر على عدم إجماع الصحابة على أن المسلم لا يقتل بالذمي من وجهين : أولا : أن هذا مع كونه قول صحابي ففي إسناده أبو الجنوب الأسدي وهو ضعيف الحديث كما قال الدارقطني . انظر : نيل الأوطار (١١/٧) . ثانيا : أنه قد روي عن الإمام علي حديث « لا يقتل مسلم بكافر » وهذا دليل على أن عليا لا يروي عن النبي ﷺ شيئا ويقول بخلافه . انظر : السنن الكبرى (٣٤/٨) .

(١) قال الإمام الشيرازي : ولأنه منقوص بالكفر فلا يكافئ دمه دم المسلم كالمستأمن . انظر : النكت للشيرازي الورقة ب٢٥٢ وأيضا الحاوي للماوردي (١٣/١٢) وبداية المجتهد (٣٩٩/٢) والمغني والشرح الكبير (٣٤٢/٩) . هذا ويجدر بالذكر أن أبا يوسف رحمه الله من الحنفية قد روي عنه أنه قال : يقتل المسلم بالحربي المستأمن . فقد جاء في كتاب مختصر اختلاف الفقهاء لأبي بكر الجصاص ما نصه : قال أبو جعفر : قال أبو جعفر : وليس ما ذكره الشافعي إجماع ، لأن أحمد بن أبي عمران وجعفر بن أحمد قد حدثا قالا : حدثنا بشر بن الوليد عن أبي يوسف قال : يقتل المسلم بالحربي المستأمن . انظر : مختصر اختلاف الفقهاء ورقة ب٢٤٣ مسجل باسم اختلاف الفقهاء لأبي جعفر الطحاوي برقم ٦٤٧ فقه حنفي ميكروفيلم ٣٠٢٩٧ بدار الكتب المصرية .

(٢) في ب و ج (ولو كانت) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤ ، ٥) في ج (المعقود به) .

(٦) ما بين القوسين ساقط من ب .

(٧) ما بين المعكوفين ليست في النسخ الثلاثة . وقد أثبت ليستقيم المعنى .

٢٦٢٨٤ - وهذه علة متعدية إلى فرع وهو الذمي إذا قتل المستأمن لم يقتل عندنا به [١] لهذه العلة [٢] . وعلى هذا الفرق [٣] إذا قتل المستأمن مستأمنا يجب عليه القصاص . لأنه تساوى في حقن دمه [٤] .

٢٦٢٨٥ - فإن قيل [٥] : هذا الاختلاف لا يمنع التساوي في وجوب الفِدْيَة [٦] ، لأن الزنا بالأجنبية كالزنا [٧] بذات محرم في وجوب الحد وإن اختلفا من أن [٨] حظر المحرم على التأبيد وحظر الأجنبية مؤقت [٩] .

٢٦٢٨٦ - قلنا : حظر الأجنبية متأبد ، بدلالة أنه لا تحل إلا بمعنى يوجد منها كما أن [١٠] حظر دم الذمي لا يزول إلا بمعنى يوجد منه ، ووِزَان المستأمن وطأ زوجته الحائض لأن الحيض يزول بغير فعلها ، وكذلك لا يجب بوطئها حد . فأما ذات الرحم فلا تحل بمعنى يوجد منها .

٢٦٢٨٧ - وهذا لا يمنع من أن تساوي الأجنبية مع وجوب الحد . ونظيره من

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٢) انظر : ملتقى الأبحر (٢٨٦/٢) .

(٣) في ب (الفراق) .

(٤) استدل الشافعية ومن معهم بأن الذمي منقوص بالكفر فلا يقتل به المسلم كما لا يقتل بالمستأمن . ونوقش هذا بأن نقصان حال الكافر بكفره لا يزيل عصمته فلا عبرة به كسائر الأوصاف الناقصة كالجهل والفسق والأنوثة . ولا نسلم أن كفره مبيح ، بل المبيح هو الكفر الباعث على الحراب بدليل أن النساء والشيوخ والأطفال الذين لا يقاتلون المسلمين لا يجوز قتلهم . والقياس على المستأمن قياس مع الفارق ، لأن عصمة دم الذمي مؤبد بخلاف المستأمن فإن عصمة دمه مؤقت . ولذلك لا يقتل الذمي بالمستأمن ويقتل المستأمن بالمستأمن . انظر : البدائع (٢٣٧/٧) وأجيب عن هذا بأنه لا فرق بين الذمي والمستأمن . بل كلاهما محرم الدم تحريما مساويا لتحريم الآخر . وإنما يراعى الحكم وقت الجناية الموجبة للحكم لا بعد ذلك . ولعل المستأمن لا يرجع إلى دار الحرب ولعل الذمي ينقض العهد ويلحق بدار الحرب فيعود دمه حلالا . فدم الذمي ليس محقونا على التأبيد فأشبه الحربي . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٦١/٩) والمحلى (٢٨/١٢) .

(٥) أجيب عن اعتراض الحنفية بأن هذا الاختلاف بين عصمة الذمي وعصمة المستأمن لا يمنع من وجوب الدية إذا قتل المسلم الذمي ، كما لا يمنع الاختلاف بين تحريم الأم وتحريم المعتدة من وجوب الحد بوطئهن . قال الشيرازي : وتحريم الأم مؤبد وتحريم المعتدة مؤقت وتجب الحد في وطئهما . انظر : النكت للشيرازي مخطوط ، الورقة ب٢٥٢ . وانظر أيضًا : الحاوي للماوردي (١٣/١٢) .

(٦) كذا في النسخ الثلاثة .

(٧) في ب و ج (بالزنا) وهو تحريف .

(٨) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٩) في ب وج (فمؤقت) .

(١٠) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

القصاص أن قتل العاقل البالغ يوجب القود وإن كان قتله يستباح بفعله ، وقتل الصبي والمجنون يوجب القصاص وإن كان لا يباح قتله بفعله .

٢٦٢٨٨ - وفرق آخر : وهو أن معنى الإباحة موجود في دم الحربي لأن قتله مباح ، ثم تأجلت الإباحة بالعهد ، ودخول التأجيل في الحق لا يمنع من ثبوته . وهذا المعنى لا يوجد من الذمي . وهذه المعارضة [١] تقتضي أن المستأمن إذا قتل المستأمن لا يقتل به .

٢٦٢٨٩ - فإن قيل : هذا الاختلاف لا يمنع أن يتساوى الذمي والمستأمن في بدل النفس كذلك (لا يمتنع) [٢] أن يتساويا [٣] في القصاص [٤] .

٢٦٢٩٠ - قلنا : معنى الإباحة يجوز أن يؤثر فيما سقط بالشبهة ، وإن كان لا يؤثر في الضمان ، بدلالة أن وطأ الأب جارية ابنه لا يتعلق به حد لوجود معنى الإباحة [٥] . وكذلك إذا سرق الابن من أبيه والأب من ابنه لم يقطع [٦] ، وإن صار كالأجنبي في وجوب الضمان .

٢٦٢٩١ - وفرق ثالث : وهو أن قبول استئمان الحربي ليس بواجب علينا ، بل نحن بالخيار في قبوله أو رده ، وبعد قبوله لنا أن ننقض أمانه ونرده ، [٧] (فلذلك) [٨] لم يجب بقتله علينا قصاص . واستئمان الذمي يجب علينا قبوله كما يجب قبول الإسلام ، ولا يجوز لنا أن ننقضه بعد العهد ، (فلذلك) [٩] (أوجب علينا القصاص بقتله .

---

(١) المعارضة لغة : هي المقابلة على سبيل الممانعة ، واصطلاحا : هي إقامة الدليل على خلاف ما أقام الدليل عليه الخصم . انظر : التعريفات للجرجاني ص ٢٤٧ .

(٢) كذا في أ ، وفي ب (يمنع) وهو ساقط من ج .

(٣) كذا في أ ، وفي ب و ج (يتساوى) .

(٤) انظر : النكت للشيرازي ورقة ب٢٥٢ .

(٥) الأب إذا وطأ جارية ولده فإنه لا حد عليه في قول أكثر أهل العلم . وقال أبو ثور وابن المنذر : عليه الحد . انظر : الذخيرة (١٥٦/١٢) والوجيز (٢١/٢) والمغني لابن قدامة (٣٤٥/١٢) .

(٦) إذا سرق الابن من مال أبيه فيها رأيان : الإمام أبو حنيفة والإمام الشافعي والثوري وإسحاق يرون أنه لا يقطع . ويرى الإمام مالك وأبي ثور وابن المنذر وهو ظاهر قول الخرقي : أنه يقطع . أما إذا سرق الوالد من مال ولده فإنه لا يقطع . وهو مذهب عامة أهل العلم منهم الإمام أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد والثوري . وقال أبو ثور وابن المنذر : يقطع . انظر : البدائع (٧٠/٧) والذخيرة للقرافي (١٥٦/١٢) والحاوي للماوردي (٣٤٧/١٣) والمغني لابن قدامة (٤٥٩/١٢) .

(٧) عند الشافعية أيضًا يجوز قبول استئمان الحربي . ولكنه لازم من جهة المسلمين ليس للإمام ولا لغيره نبذه ، فإن استشعر خيانة نبذه . انظر : الروضة (٢٢٨/١٠-٢٣١) ومغني المحتاج (٢٣٦/٤-٢٣٧) .

(٨) كذا في أ و ج ، وفي ب (فكذلك) .

(٩) وفي ب و ج (فكذلك) .

٢٦٢٩٢ - قالوا : حد القذف يجب بهتك حرمة العرض ، والقود يجب بهتك حرمة) [١] النفس . ثم ثبت أن المسلم لا يحد بقذف الذمي كذلك لا يقتل بقتله . وتجيزه كل شخصين فُضِّل أحدهما للآخر في حد القذف بهتك عرضه بفضله [٢] بسقوط القود بقتله كالوالد مع الولد .

٢٦٢٩٣ - وربما قالوا : كل شخصين لا يجب لأحدهما على الآخر حد القذف مع (عفته) [٣] ويجب للآخر عليه ولم يجب عليه القصاص بقتله أصله الوالد مع الولد [٤] .

٢٦٢٩٤ - قلنا : حد القطع إصابة الأموال . وأجمعنا أن المسلم يقطع في مال الذمي ولا يحد بقذفه ، [٥] واختلفنا في القصاص بقتله . فلم وجب اعتباره بالحد ولم يجب اعتباره كالقطع ؟ ثم حد القذف أضيق ووجوب القصاص أوسع ، بدليل الذمي لا يحد بقذف الذمي [٦] ويقتل بقتله . ومن قذف موطوءة بشبهة يجب القصاص بقتلها ولا يجب الحد بقذفها . ولأن الأب لا يحد بقذف ابنه بفضله بدلالة أنه لا يحد مع إحصان الابن ، [٧] ولو قذفه غيره حد . فلما منعت الفضيلة الحد منعت القصاص في المسلم . إذا قذف الذمي لم يُحدًّا [٨] لا للفضيلة ، لكن يَعدُم حد القذف لفقد إحصان المقذوف .

٢٦٢٩٥ - وهذا [٩] . لا يمنع وجوب القصاص بقتله . بدلالة من قذف صغيرا أو

---

(١) قوله : أوجب علينا - إلى آخر قوله - بهتك حرمة ساقط من ب و ج .

(٢) في النسخ الثلاثة (بقتله) .

(٣) كذا في ب و ج . وفي أ (عصبته) .

(٤) قال الإمام الشيرازي : ولأنهما لا يتكافآن في حد القذف فلا يتكافآن في القصاص كالأب والابن . انظر : النكت للشيرازي الورقة أ ٢٥٣ . وهذا بناء على قاعدة : من يحد بقذف الغير يقتل بقتله ومن لا يحد بقذف الغير لا يقتل بقتله . انظر : الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٩٩/١) . وقال الإمام ابن حزم : يقال لهم : كما لا تحدون أنتم المسلم إذا قذف الذمي وتحدون الذمي إذا قذف المسلم فكذلك اقتلوا الذمي بالمسلم ولا تقتلوا المسلم بالذمي . وهذا أصح قياس لأنها حرمة بحرمة انظر : المحلى (٢٨/١٢) .

(٥) عند الشافعية : تقطع يد المسلم بسرقة مال الذمي ، ولا يحد المسلم بقذف الذمي ، لأن من شروط إقامة حد القذف كون المقذوف محصنا والكافر ليس بمحصن . انظر : الحاوي (٣٢٦/١٣) وكفاية الأخيار (٣٤٨/٢) .

(٦) عند الشافعية : لا يحد الذمي بقذف الذمي لفقد شرط الإحصان في المقذوف . انظر : كفاية الأخيار (٣٤٨/٢) .

(٧) عند الشافعية لا يحد الأصل ولو أنثى بقذف الولد وإن سفل . انظر : المهذب للشيرازي (٢٧٢/٢) ومغني المحتاج (١٥٦/٤) .

(٨) كذا في النسخ الثلاثة ، ولعل المقصود من العبارة هو المسلم والذمي إذا قذفا الذمي لم يحدا ، وذلك لعدم توافر شرط الإحصان في الذمي المقذوف .

(٩) ما بين المعكوفتين ليست في النسخ الثلاثة . ولعل السياق يقتضيه .

مجنونا لم يحد ،[١] ولو قتلهما قتل .

٢٦٢٩٦ - قالوا[٢] : كل من (ثبت)[٣] ضمان دمه بالتزام المال لغيره لم يجب القصاص (على)[٤] من التزم المال [له][٥] بقتله قياسا على المكاتب مع (المولى)[٦] .

٢٦٢٩٧ - قلنا : المولى لا يقطع بسرقة مال (مكاتبه)[٧] (لما)[٨] له من شبهة الملك في (ماله)[٩] .

٢٦٢٩٨ - وأما الذمي فيجب القطع على المسلم (بسرقة)[١٠] ماله[١١] لأنه لا شبهة له فيه ، كذلك يجب القصاص بقتله .

٢٦٢٩٩ - لأنه لا شبهة له في رقبته أعني لشبهة ملكه .

* * *

(١) عند الشافعية أيضًا لا يحد من قذف صغيرا أو مجنونا ، لأن ما يرمى به الصغير والمجنون لو تحقق لم يجب به الحد ، فلم يجب الحد على القاذف . انظر : المهذب للشيرازي (٢٧٢/٢) .

(٢) انظر : النكت للشيرازي الورقة أ ٢٥٣ .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) في أ (على أن) . وما أثبته من ب و ج .

(٥) في النسخ الثلاثة (لم) وهو خطأ .

(٦) في ب وج (الولي) .

(٧) في ب و ج (المكاتب) .

(٨) في ب و ج (بما) .

(٩) في ب و ج (رقبته) وهو خطأ .

(١٠) كذا في ب و ج . وفي أ (لسرقة) .

(١١) لا خلاف بين العلماء في قطع يد المسلم بسرقة مال الذمي . قال ابن قدامة في المغني : لا نعلم فيه مخالفا . انظر : المغني (٤٥١/١٢) والحاوي للماوردي (٣٢٦/١٣) .



مسألة ١٣٠٠

قتل الحر بالعبد

٢٦٣٠٠ - قال أصحابنا رحمهم الله : يجب القصاص على الحر بقتل العبد .

٢٦٣٠١ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يجب (١) .

---

(١) اتفقت كلمة الفقهاء على أن القاتل والمقتول إذا كانا حرين أو عبدين معصومي الدم وتوافرت فيهما بقية الشروط لاستيفاء القصاص بينهما ، فإن القصاص يجري بينهما لتكافئهما . وكذلك اتفقوا على قتل العبد بالحر ، لأنه إذا قتل بمثله فبمن هو أكمل منه أولى مع عموم النصوص الواردة في ذلك . واختلفوا فيما إذا قتل الحر عبدا هل يقتل به قصاصا أم لا على ثلاثة أقوال :

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء منهم المالكية والشافعية والحنابلة والليث وأبو ثور إلى أن الحر لا يقتل بالعبد مطلقا سواء أكان عبد نفسه أو عبد غيره . وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعلي وزيد وابن الزبير رضي الله عنهم . وبه قال الحسن وعطاء وعمر بن عبدالعزيز وعكرمة وعمرو بن دينار رحمهم الله .

القول الثاني : ذهب الإمام أبو حنيفة رحمه الله وأصحابه إلى أن الحر لا يقتل في عبد نفسه ويقتل في عبد غيره .

القول الثالث : ذهب آخرون منهم النخعي وداود الظاهري إلى أن الحر يقتل بالعبد مطلقا .

وقد ذكر الإمام القدوري رحمه الله في هذه المسألة أدلة كل من الحنفية والشافعية ومن معهم . أما أصحاب القول الثالث القائلين بقتل الحر بالعبد مطلقا . فقد استدلوا على مذهبهم بالعمومات التي توجب القصاص دون تفريق بين الحر والعبد مثل قوله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ وقوله ﷺ : (العمد قود) وما روي عن النبي ﷺ أنه قال : (المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم) وبما رواه قتادة عن الحسن عن سمرة بن جندب رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : (من قتل عبده قتلناه ومن جدعه جدعناه) ومن طريق المعنى قالوا : ولما كان قتله محرما كقتل الحر ، وجب أن يكون القصاص فيه كالقصاص في الحر . وأجيب عنها بأن هذه الأدلة قد خصصت بدليل آخر وهو قوله ﷺ : (لا يقاد مملوك من مالكه) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٣٦/٨) وصححه الحاكم في المستدرك (٣٦٨/٤) . وقد روي عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا قتل عبده متعمدا فجلده النبي ﷺ ونفاه سنة ومحا سهمه من المسلمين ، ولم يقده به وأمره أن يعتق رقبة . وروي عن علي رضي الله عنه أن رجلا قتل عبده فجلده النبي ﷺ مائة جلدة ونفاه عاما ومحا سهمه من المسلمين . وروي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أنهما قالا : من قتل عبده جلد مائة وحرم سهمه مع المسلمين . كما أننا إذا أوجبنا القصاص على المولى بقتل عبده يجب عليه لنفسه قصاص إذا قتل عبده . وهذا لا يجوز . ولأن المولى له شبهة في رقبة عبده فيسقط عنه القصاص بهذه الشبهة . انظر : تحفة الفقهاء (١٤٥/٣) والمبسوط (١٢٩/٢٦) وبداية المجتهد (٣٩٨/٢) والذخيرة للقرافي (٣٣٤/١٢) والحاوي للماوردي (١٧/١٢) ومغني المحتاج (١٧/٤) والتفريع لابن الجلاب (٢١٦/٢) تحقيق د حسين ابن سالم الدهماني دار الغرب الإسلامي بيروت ط أولى ١٩٨٧م والمبدع لابن مفلح (٢٦٩/٨) المكتب الإسلامي ط أولى ١٩٧٩م والمغني والشرح الكبير (٣٤٨/٩) .

٢٦٣٠٢ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ (١) ولم يفصل .

٢٦٣٠٣ - فإن قيل : لم يكن في بني إسرائيل مملوك ، لأن الغنائم لم تبح إلا لرسول الله ﷺ .

٢٦٣٠٤ - قلنا : قد ثبت بالنقل الصحيح أن هاجر كانت مملوكة لإبراهيم عليه السلام ، فدل على أن الرق كان فيمن قبلنا (٢) .

٢٦٣٠٥ - فإن قيل : إن الآية لم تتناول العبد لأنه قال فيها : ﴿ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ ﴾ (٣) .

٢٦٣٠٦ - قلنا : الآية قد أريد بها العبد إذا كان قاتلا ، (فظاهره) (٤) يقتضي

---

(١) سورة المائدة الآية رقم ٤٥ . ووجه الاستدلال بالآية الكريمة أنها عامة تفيد وجوب القصاص من غير فصل بين الحر والعبد . انظر : البدائع (٢٣٨/٧) . قال ابن كثير في تفسير الآية الكريمة : احتج أبو حنيفة ؓ بعموم هذه الآية على قتل الحر بالعبد وقد خالفه الجمهور فيهما . وقد وردت آثار عن السلف أنهم لم يكونوا يقيدون العبد من الحر ولا يقتلون حرا بعبد ، وقد جاء في ذلك أحاديث لا تصح . وحكى الشافعي الإجماع على خلاف قول الحنفية في ذلك . ولكن لا يلزم من ذلك بطلان قولهم إلا بدليل مخصص للآية الكريمة . انظر : تفسير ابن كثير (٦٣/٢) . وقال الإمام أبو بكر الجصاص : وقد احتج أبو يوسف بذلك في قتل الحر بالعبد . وهذا يدل على أن مذهبه أن شريعة من قبلنا من الأنبياء ثابتة علينا ما لم يثبت نسخها على لسان الرسول ﷺ . ولا نجد في القرآن ولا في السنة ما يوجب نفي ذلك ، فوجب أن يكون حكمه ثابتا علينا على حسب ما اقتضاه ظاهر لفظه من إيجاب القصاص في سائر الأنفس . انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٦٦/١) . وقد اختلف العلماء في الأحكام التي جاءت عن الأمم السابقة ولم يقم دليل على أننا مكلفون بها ، كما لم يأت ما يدل على أنها كانت خاصة بهم . هل نحن متعبدون بها أم لا ، فللعلماء في ذلك رأيان : أحدهما : أننا متعبدون بها . وهذا الرأي اختاره كثير من الحنفية والمالكية والشافعية . وثانيهما : أننا لم نتعبد إلا بشريعتنا فقط . وهو رأي المعتزلة وجمهور الأشاعرة وهو المختار للبيضاوي . والراجح الرأي الأول . انظر : إرشاد الفحول للشوكاني (٢٥٦/٢) تحقيق الدكتور شعبان محمد إسماعيل دار الكتبي ط أولى ١٩٩٢م ، وأصول الفقه للأستاذ محمد أبو النور زهير (١٢٠/٣) المكتبة الأزهرية للتراث ١٩٩٢م .

(٢) وقد جاء في الحديث الشريف ما يدل على أن الرق كان فيمن قبلنا ، ففي حديث أخرجه الإمام الطبري ورد : لم يكذب إبراهيم عليه السلام غير ثلاث ..... وفي آخره : قالت سارة : كفى الله كيد الفاجر وأخدم هاجر . وروى الطبري عن السدي قصة إبراهيم عليه السلام مع فرعون جاء في آخره : فرد فرعون سارة إلى إبراهيم ووهب لها هاجر جارية كانت له قبطية . انظر : تاريخ الطبري (٢٤٥/١) .

(٣) قال الإمام الماوردي : فأما الجواب عن الآية فهو أنها تضمنت نفوسا وأطرافا ، فلما خرج العبيد من حكم الأطراف خرجوا من حكم النفوس . انظر : الحاوي (١٨/١٢) .

(٤) كذا في ب وج . وفي أ (فظاهر) .

(وجوب)[1] القصاص بطرف العبد لو (لا)[2] قيام (الدليل)[3].

٢٦٣٠٧ - ويدل عليه قوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾[4] ولم يفصل.

٢٦٣٠٨ - ولا يقال: إن هذا في العبد، (لأن العبد)[5] [يُقدر حرا][6] بالموالاة.

٢٦٣٠٩ - قلنا: [التعميم][7] يعم لمولى العبد وولي الحر، فلما ذكر لفظا عاما في جميعهم ذكر المولى الذي يعم الحر والعبد.

٢٦٣١٠ - فإن قيل: الحر بالعبد سرف، وقد قال الله تعالى: ﴿فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ﴾[8].

٢٦٣١١ - قلنا: السرف في القتل التجاوز في الفعل الحد المستحق.

٢٦٣١٢ - ويدل عليه قوله تعالى: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ﴾[9] فأوجب القصاص على الأنثى لقتل الأنثى ولم يفصل.

٢٦٣١٣ - فإن قيل: قوله: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ﴾ دليله أن الحر لا يقتل بالعبد.

٢٦٣١٤ - قلنا: دليل الخطاب ليس بحجة عندنا[10]، ولأن النطق يقوم عليه،

(١، ٢) ما بين القوسين زيادة في ب و ج.

(٣) كذا في أ، وفي ب و ج (الدلالة). والدليل على عدم القصاص بين العبيد في الأطراف عند الحنفية قوله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ لأنهم إن تفاوتت قيمتهم فظاهر، وإن تساوت فذلك مبني على الحرز والظن، فلا يثبت به القصاص. ويدل على ذلك أيضًا الحديث الذي روي عن عمران بن حصين أن غلاما لأناس فقراء قطع أذن غلام لأناس أغنياء، فأتى أهله النبي ﷺ فقالوا: يا رسول الله إنه لأناس فقراء، فلم يجعل عليه النبي ﷺ شيئا. أخرجه أبو داود في سننه كتاب الديات باب في جناية العبد يكون للفقراء (١٩٦/٤) برقم ٤٥٩٠. انظر: الاختيار (٤١/٥).

(٤) سورة الإسراء جزء من الآية رقم ٣٣. ووجه الدلالة من الآية الكريمة: أن الآية شملت جميع المقتولين ظلما، وجعل لأوليائهم سلطانا وهو القود لاتفاق الجميع على أن القود مراد بذلك في الحر المسلم إذا قتل حرا مسلما. انظر: أحكام القرآن للجصاص (١٦٦/١).

(٥) كذا في أ، وهو ساقط من ب و ج.

(٦) ما بين المعكوفين في أ (يقال يندر حراه) وفي ب (يقال يندرجزاه) وفي ج (يندر جزاه).

(٧) ما بين المعقوفين في النسخ الثلاثة (التعم). (٨) جزء من الآية الكريمة السابقة.

(٩) سورة البقرة: الآية ١٧٨.

(١٠) دليل الخطاب ويسمى أيضًا مفهوم المخالفة وهو: دلالة اللفظ على نقيض حكم المنطوق للمسكوت. وقد اختلف في حجيته. فنفاه الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه وبعض الشافعية كالغزالي وابن سريج وأبو بكر الباقلاني. واختاره الآمدي والباجي وهو قول جمهور المعتزلة. وذهب الإمام مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله =

وهذا أولى من الدليل المختلف في كونه حجة .

٢٦٣١٥ - ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ ﴾ [(١)] .

٢٦٣١٦ - وقال (ﷺ) [(٢)] : (العمد قود) [(٣)] . وقال : (لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : قتل نفس بغير نفس) [(٤)] . وقال : (من قتل عبده قتلناه) [(٥)] (فمفهومه) [(٦)] أن من قتل عبد غيره قتل ، ونسخ اللفظ لا يسقط مفهومه [(٧)] .

= والأكثرون من أصحابهم إلى أنه حجة . وإليه ذهب الأشعري . انظر : تيسير التحرير (١/١٠٠) وإحكام الفصول للباجي (٢/٤٤٧) والمحصول للرازي تحقيق طه جابر العلواني (٢/٢٣٠) والمستصفى (٢/١٩١) . وشرح مختصر الروضة للطوفي (٢/٧٥٦) تحقيق : د عبد الله عبد المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة ط الأولى سنة ١٩٨٧م ، وأصول الفقه للشيخ محمد أبو النور زهير (٢/١٠٤) .

(١) سورة البقرة ، الآية ١٧٩ ، وجه الدلالة : أن الله تعالى أخبر أنه أوجب القصاص لأن فيه حياة لنا ، وذلك خطاب شامل للحر والعبد لأن صفة أولي الألباب تشملهم جميعا ، فإذا كانت العلة موجودة في الجميع لم يجز الاقتصار بحكمها على بعض من هي موجودة فيه دون غيره . انظر : أحكام القرآن للجصاص (١/١٦٥) .

(٢) كذا في أ ، وفي ب و ج (ﷺ) .

(٣) أخرجه أبو داود عن ابن عباس ﷺ بلفظ (العمد قود إلا أن يعفو ولي المقتول) في كتاب الديات باب عفو الإنسان عن الدم سنن أبي داود (٤/١٨٣) وأخرجه بهذا اللفظ أيضًا الدارقطني في كتاب الحدود والديات ، سنن الدارقطني (٣/٩٤) برقم ٤٣ . كما أخرجه أبو داود وابن ماجه والبيهقي بلفظ (من قتل عمدا فهو قود) انظر : سنن أبي داود كتاب الديات باب من قتل في عمياء بين قوم . وسنن ابن ماجه كتاب الديات باب من حال بين ولي المقتول وبين القود (٢/٨٧٠) برقم ٢٦٣٥ والسنن الكبرى للبيهقي (٨/٥٣) . وانظر كذلك : نصب الراية (٤/٣٢٨) .

(٤) الحديث سبق تخريجه في المسألة السابقة .

(٥) أخرجه أبو داود في كتاب الديات باب من قتل عبده أو مثل به أيقاد منه ، برقم ٤٥١٥ سنن أبي داود (٤/١٧٦) . والترمذي في كتاب الديات باب ما جاء في الرجل يقتل عبده برقم ١٤١٤ . قال أبو عيسى : هذا حديث حسن غريب . انظر : سنن الترمذي (٤/٢٦) . والنسائي في سننه برقم ٤٧٣٦ في كتاب القسامة باب القود من السيد للمولى (٨/٢١) . وابن ماجه في كتاب الديات باب ٢٣ هل يقتل الحر بالعبد ، برقم ٢٦٦٣ سنن ابن ماجه (٢/٨٨٨) . والإمام أحمد في مسنده عن سمرة بن جندب (٥/١٢) والدارمي في كتاب الديات باب القود بين العبد وبين سيده (٢/٢٥٠) والحاكم في المستدرك (٤/٣٦٧) والبيهقي في السنن الكبرى (٨/٣٥) .

(٦) كذا في أ ، وفي ب و ج (فعمومه) . والمفهوم : ما دل عليه اللفظ لا في محل النطق ، أي يكون حكما لغير المذكور وحالا من أحواله . والمنطوق : ما دل عليه اللفظ في محل النطق ، أي يكون حكما للمذكور وحالا من أحواله . انظر : إرشاد الفحول للإمام الشوكاني (٢/٥٣) تحقيق شعبان محمد إسماعيل .

(٧) فكان حديث (من قتل عبده قتلناه) يدل بلفظه على قتل السيد بعبده ويدل بمفهومه على قتل الحر بعبد غيره وهو قياس جلي . فلما امتنع قتل السيد بعبده لقوله عليه الصلاة والسلام : (لا يقاد مملوك من مالكه) بقي مفهومه كما هو فعمل به .

٢٦٣١٧ - فإن قيل : روي في الحديث (من جدع [١] جدعناه) [٢] مفهومه أن من (جدع) [٣] غيره جدعناه . وقد نسخ هذا المفهوم كما نسخ المنطوق [٤] .

٢٦٣١٨ - قلنا : لم ينسخ المنطوق . لكن (خصصناه) [٥] بدليل آخر [٦] .

٢٦٣١٩ - ولأن كل من جاز أن يستوفى القصاص من قاتله الحر جاز ابتداء أصله الحر . [٧] .

٢٦٣٢٠ - ولأن الرق معنى يستحق به الولاية ، فلا يمنع وجوب القصاص على قاتله الحر (كالصغر) [٨] والجنون .

٢٦٣٢١ - ولأنه نقص لا يوجب إباحة الدم ، فلا يمنع وجوب القصاص ابتداء على القاتل الحر [٩] أصله الأنوثية .

٢٦٣٢٢ - ولأن الدم معنى لا يملكه المولى من عبده ، وهو مما يملك مكان العبد ، كالحر أصله الطلاق . ولا يلزم القصاص في الطرف ، لأن العبد كالأحرار فيها [١٠] . ألا ترى أن الأحرار لا يجرى بينهما القصاص عليه بقتله ابتداء أصله الحر . [١١] .

٢٦٣٢٣ - (ولأن يد) [١٢] العبد في دمه أقوى منها في ماله ، بدلالة أن المولى يملك إزالة يده من المال ولا يملك إتلاف الدم ، ولو أقر بما في يده من المال نفذ إقراره ،

---

(١) الجدع قطع الأنف أو الأذن أو اليد أو الشفة ، جدعه فهو أجدع . (انظر : القاموس المحيط للفيروزآبادي ١١/٣) .

(٢) جزء من الحديث الذي سبق تخريجه في ص٨٢ ، وهو حديث (من قتل عبده قتلناه) .

(٣) في ب و ج (جدع جدعه) .

(٤) قالت الشافعية : إن الحديث محمول على الزجر والردع ، أو هو منسوخ . انظر : شرح السنة للبغوي (٣٩٢/٥) ومعالم السنن للخطابي (٩/٤) والحاوي (١٩/١٢) .

(٥) في ب و ج (خصصنا) .

(٦) والدليل المخصّص عند الحنفية قوله ﷺ : (لا يقاد مملوك من مالكه) وهذا الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٦/٨) والحاكم في المستدرك كتاب العتق (٢١٦/٢) وقال : حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه . انظر : نصب الراية (٣٣٩/٤) والاختيار (٣٨/٥) والبدائع (٢٣٥/٧) .

(٧) هذا قياس جواز استيفاء القصاص من الحر الذي قتل العبد على جواز استيفاء القصاص من العبد القاتل الذي عتق بعد وجوب القصاص عليه بقتل العبد .

(٨) كذا في أ و ب ، وفي ج (كالصغير) .

(٩) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(١٠) لأن الأطراف يسلك فيها مسلك الأموال .

(١١) قوله : ألا ترى أن الأحرار الخ فيها غموض ، وقد أثبته كما هو في النسختين . ولعل بعض الكلمات سقط منه .

(١٢) كذا في أ ، و في ب (ولايد) و في ج (وليد) .

ولو أقر بقصاص لم ينفذ .

٢٦٣٢٤ - فإذا جاز أن يجب على الحر القطع بسرقة ما في يده من المال ، فلأن يجب عليه القتل ابتداء بقتله أولى .

٢٦٣٢٥ - ولأن فضيلة القاتل (الحر) [١] لو منعت وجوب القصاص كان طريانها بعد الوجوب تمنعه ، كفضيلة الأب . في علمنا أن القاتل العبد إذا أعتق (استوفى) [٢] القصاص منه دلالة على أن هذه الفضيلة لا تمنع الوجوب .

٢٦٣٢٦ - ولأن ما سقط بالشبهة لأجل أنه أكثر مما وجب منه ، بدلالة أن العبد إذا زنا لم يكمل حده إذا أعتق . فلو كان دم الحر أكثر من دم العبد لكان طريان الحرية يمنع الاستيفاء حتى لا يستوفى أكثر مما وجب .

٢٦٣٢٧ - ولأن تفاوت الأعداد في الجنس أقوى من تفاوت الصفات بدلالة أنه لا يجوز بيع قفيز [٣] حنطة بقفيزين ويجوز بيع قفيز جيد برديء [٤] . ثم ثبت أن تفاوت الأعداد لا يمنع وجوب القصاص إذا قتل الجماعة واحدا [٥] ، كذلك زيادة الصفة في القاتل لا تمنع وجوب القصاص .

٢٦٣٢٨ - وعكسه الأطراف على أصلنا ما منع تفاوت الأعداد القصاص حتى لا نقطع يدين بيد واحد [٦] ، كان تفاوت الصفات مثله حتى لا تقطع يد الحر بيد العبد [٧] ،

---

(١) كذا في أ ، وفي ب و ج (بالحر) . (٢) كذا في أ ، وفي ب و ج (استوى) .

(٣) القفيز : مكيال كان يكال به قديمًا ، ويختلف مقداره في البلاد ، ويعادل بالتقدير المصري الحديث نحو ستة عشر كيلو جراما . جمعه : أقفزة وقُفزان . انظر : المعجم الوسيط (٧٨٠/٢) مادة قفز .

(٤) لا يجوز بيع قفيزين من الحنطة بقفيز . لأن الربا في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلا . ولا يجوز بيع الجيد برديء مما فيه الربا إلا مثلا بمثل . انظر : الهداية (٦١/٣) .

(٥) يرى الجمهور أن الجماعة يقتلون بالواحد ، بينما يرى الإمام أحمد في رواية عنه أن الجماعة لا يقتلون به . وروي عن معاذ بن جبل وابن الزبير وابن سيرين والزهري : أنه يقتل منهم واحد ويؤخذ من الباقين حصصهم من الدية . انظر : البدائع (٢٣٨/٧) وبداية المجتهد (٣٩٩/٢) ومغني المحتاج (٢٠/٤) والمغني والشرح الكبير (٣٦٦/٩) .

(٦) عند الشافعية يقطع الأيدي باليد إذا قطعها الجماعة دفعة واحدة بضربة واحدة . جاء في مغني المحتاج ما نصه : ولو وضعوا سيفا على يده وتحاملوا عليه دفعة فأبانوها قُطِعوا . انظر : مغني المحتاج (٢٥/٤) . وقد ذكر الإمام القدوري الخلاف فيها في مسألة رقم ٥ كما ستأتي .

(٧) عند الشافعية أيضًا لا تقطع طرف الحر بطرف العبد . انظر : الحاوي للماوردي (١٤٨/١٢) ومغني المحتاج (٢٥/٤) . وذكر الإمام القدوري هذه الجزئية في مسألة رقم ٤ كما ستأتي .

ولا تقطع اليد الصحيحة (باليد الشلاء) (١) .

٢٦٣٢٩ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ﴾ (٢) .

٢٦٣٣٠ - قلنا : هذا يدل على جريان القصاص بين الحرين والعبدين ولا ينفي غيره .

٢٦٣٣١ - فإن قيل : فما فائدة التخصيص ؟ .

٢٦٣٣٢ - قلنا : قد بينا أن الله تعالى يخص الحكم بالذكر ، ويوقف ما سوى المذكور على الاجتهاد . وهذه فائدة معقولة لا تحتاج معها إلى غيرها . ولكن هذا التخصيص لم يمنع (قتل العبد بالحر) (٣) والذكر بالأنثى ، وإن كان خص الأنثى بالأنثى ، كذلك لا يصح أن يمنع قتل الحر بالعبد . وقد روي عن ابن عباس (٤) [رضي الله عنهما] أن قبيلتين من العرب تفاضلتا ، فكان الأفضل يقول : أحراركم كعبيدنا ورجالكم كنسائنا ، فرد الله تعالى هذا القول ، وأخبر أنه لا يجوز لأحد التفاضل أن (يقتل) (٥) غير القاتل (٦) .

٢٦٣٣٣ - احتجوا : بما روي (جُوَيْبِر) (٧) ....

---

(١) كذا في أ ، وفي ب و ج (بالشلاء) . وعند الشافعية أيضًا لا تقطع الصحيحة باليد الشلاء . انظر : مغني المحتاج (٣٣/٤) .

(٢) سورة البقرة ، الآية ١٧٨ . قال الإمام الماوردي في الاستدلال بالآية الكريمة : فاقتضى هذا الظاهر أن لا يقتل حر بعبد . انظر : الحاوي للماوردي (١٧/١٢) . وقال ابن رشد : فمن قال لا يقتل الحر بالعبد احتج بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ﴾ انظر : بداية المجتهد (٣٩٨/٢) .

(٣) كذا في أ وهو الصحيح ، وفي النسخة ب (قتل الحر بالعبد بالحر) وفي ج (قتل الحر بالعبد) وهو خطأ .

(٤) هو عبدالله بن العباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف ، أبو العباس القرشي الهاشمي ، ابن عم رسول الله ﷺ . ولد قبل الهجرة بثلاث سنين ، كان عالما فقيها حافظا مفسرا ، دعا له الرسول ﷺ بقوله : « اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل » . كان عمر بن الخطاب إذا جاء القضية المعضلة استشاره من أجلها . عاش رضي الله عنه يفتي ويعلم الناس إلى أن توفي سنة ٦٨ هـ بالطائف وعمره ٧١ سنة . انظر : صفة الصفوة (٧٤٦/١) . والإصابة (١٤١/٤) . ووفيات الأعيان (٦٢/٣) . والطبقات الكبرى (١٩/٢)

(٥) كذا في أ و ب ، وفي ج (بقتل) وهو تحريف .

(٦) أنظر : أسباب النزول للإمام أبي الحسن علي بن أحمد النيسابوري . ص ٣٠ . تحقيق طارق الطنطاوى مكتبة القرآن بالقاهرة . وأسباب النزول للسيوطي ص٢١ . وتفسير البغوي (١٤٤/١) .

(٧) كذا في أ و ب ، وفي ج (جبير) والصواب ما أثبته . وجويبر هو جُوَيْبِرُ بن سعيد أبو القاسم البلخي . قال الدارقطني : متروك ، سكن بغداد ، ويقال اسمه جابر وجويبر لقب . روي عن أنس بن مالك والضحاك ابن مزاحم وغيرهما . (انظر : تهذيب الكمال (١٦٧/٥) برقم ٩٨٥ . وتاريخ بغداد (٢٥٠/٧) . والضعفاء والمتروكون للدارقطني ص١٧١ برقم (١٤٧) .

عن الضحّاك [1] عن عبد الله بن عباس [رضي الله عنهما] عن النبي ﷺ : (« لا » [2] يقتل حر بعبد) [3] وروي إسماعيل بن مسلم المكي [4] عن عمرو بن دينار [5] عن ابن عباس عن النبي ﷺ [6] . [ ] [7]

٢٦٣٣٤ – قلنا : هذان خبران ذكرهما الدارقطني [8] . فأما خبر جُوَيْبِر فرواه عنه

---

(١) هو الضحاك بن مزاحم الهلالي . روى عن الأسود بن يزيد النخعي وأنس بن مالك وسعيد بن جبير وغيرهم . قال أبو داود الطيالسي : عن شعبة حدثني عبد الملك بن ميسرة قال : الضحاك لم يلق ابن عباس ، وإنما هي سعيد بن جبير بالري وأخذ عنه التفسير . اهـ مات سنة ١٠٥ هـ - . وقيل ١٠٦ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٥٩٧/٢) . وتهذيب الكمال (١٩١/١٣) برقم ٢٩٢٨ . والتاريخ الكبير للبخاري ٢٣٢/٤ برقم (٣٠٢٠) .

(٢) كذا في ج ، وهو ساقط من أ و ب . والصواب ما أثبته بناء على نص حديث رسول الله ﷺ .

(٣) أخرجه الدارقطني في كتاب الحدود والديات (١٣٣/٣) برقم ١٥٨ . والبيهقي في السنن الكبرى (٣٥/٨) وأخرجه أيضًا أبو داود ، كتاب الديات ، باب من قتل عبده أو مثل به أيقاد منه ، (١٧٦/٤) برقم ٤٥١٨ . وقد استدل بالحديث الشافعية والحنابلة . انظر : النكت للشيرازي ورقة ٢٥٣ والمغني والشرح الكبير (٣٤٩/٩) .

(٤) هو إسماعيل بن مسلم المكي أبو إسحاق ، أصله بصري ، روي عن الحسن وابن سيرين وقتادة والحكم والأعمش والزهري . وهو متروك الحديث . انظر : الضعفاء والمتروكين للنسائي ص ٥٠ . والضعفاء والمتروكون للدارقطني ص ١١٧ وتهذيب الكمال (١٩٨/٣) .

(٥) هو عمرو بن دينار الجُمَحي ، أبو محمد المكي . عالم أهل مكة . قال شعبة : ما رأيت أثبت في الحديث منه . قالوا لعطاء : بمن تأمرنا ، قال بعمرو بن دينار . سمع جابرا وابن عباس وطائفة . توفي سنة ١٢٦هـ . انظر : العبر للذهبي (١٢٥/١) . وطبقات الفقهاء للشيرازي ص٧٠ .

(٦) أخرجه الدارقطني (١٣٤/١٣٣/٣) . واستدل به الماوردي . انظر : الحاوي (١٧/١٢) .

(٧) ما بين المعكوفتين بياض في النسخ الثلاثة .

(٨) الدارقطني : بفتح الراء وضم القاف وسكون الطاء ، نسبة إلى دار قطن ببغداد . وهو علي بن عمر بن أحمد بن مهدى ، أبو الحسن الدارقطني الشافعي البغدادي . الحافظ المشهور ، كان عالما حافظا فقيها على مذهب الإمام الشافعي ، انفرد بالإمامة في علم الحديث في عصره ، وصنف كتاب السنن والمختلف والمؤتلف وغيرها . ولد سنة ٣٠٦هـ ببغداد ، وتوفي سنة ٣٨٥هـ ببغداد . (انظر : طبقات الشافعية الكبرى (٤٦٢/٣) ترجمة رقم ٢٢٨ ، وشذرات الذهب (١١٦/٣) ، ووفيات الأعيان ٤٣٢/٣) وقد ذكر الدارقطني حديث جويبر عن الضحاك عن ابن عباس رضي الله عنه في سننه . انظر سنن الدارقطني (١٣٣/٣) برقم ١٥٨ . وأما الخبر الثاني فلا يوجد متنه في النسخ الثلاثة ، والذي وجد في سنن الدارقطني عن إسماعيل بن مسلم عن عمرو بن دينار عن طاووس عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « لا تقام الحدود في المساجد ، ولا يقتل الوالد بالولد » سنن الدارقطني (١٤١/٣) ، وفيه أيضًا عن إسماعيل بن مسلم عن عمرو بن دينار عن ابن عباس بإسناده « لا يقاد الوالد بالولد » سنن الدارقطني (١٤٢/٣) . كما أني لم أجد من استدل من الشافعية بحديث بهذا الإسناد في هذه المسألة .

عثمان البُرِّي ، وهو عثمان بن مِقسم [١] مولى كندة من أهل الكوفة ، تركه أحمد بن حنبل [٢] و يحيى بن معين [٣] ومالك[٤] وسفيان الثوري [٥] بالكذب . وأما إسماعيل بن مسلم (المكي) [٦] .

٢٦٣٣٥ - قلنا : (الآثار تبعه) [٧] ، أصله من البصرة ، وضَعَّفه ابن المبارك[٨] ، وتركه يحيى (بن) [٩] القطان [١٠] وابن مهدي [١١] ، وسُئل يحيى

---

(١) هو عثمان بن مِقسم الكندي البصري البُرّي ، أبو سلمة . العلامة المفتي فقيه البصرة ، روي عن طائفة . وحدث عنه سفيان الثوري وغيرهم ، وكان ممن صنف العلم ودونه . تركه ابن المبارك والقطان . وكان قليل الحديث يتهم بدعة . قال ابن معين ليس بشيء . انظر : الطبقات الكبرى ٧ : ٢٨٥ . وسير أعلام النبلاء (٣٢٥/٧) .

(٢) هو أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد بن إدريس ، أبو عبدالله الشيباني . كان إمام المحدثين . صنف كتابه المسند ، . دعي إلى القول بخلق القرآن فضرب وحبس . ولد سنة ١٦٤ ببغداد وتوفي سنة ٢٤١ هـ . (انظر : العبر للذهبي (٣٤٢/١) . وحلية الأولياء (١٦١/٩) . ووفيات الأعيان (٦٣/١) .

(٣) هو يحيى بن معين بن عون بن زَيَاد بن بسطام بن عبدالرحمن المري ، أبو زكريا البغدادي . الحافظ المشهور وأحد الأئمة الأعلام . كان إماما عالما حافظا متقنا ولد في خلافة أبي جعفر سنة ١٥٨هـ ، وتوفي سنة ٢٣٣هـ بالمدينة ودفن بالبقيع .انظر : تاريخ بغداد (١٧٧/١٤) . والعبر للذهبي (٣٢٧/١) . ووفيات الأعيان (١٣٩/٦) .

(٤) سبقت ترجمته .

(٥) هو سفيان بن سعيد بن مسروق بن حبيب بن رافع الثوري ، أبو عبدالله الكوفي . المجتهد ، شيخ الإسلام ، إمام الحفاظ ، سيد العلماء العاملين في زمانه . مصنف كتاب الجامع . ولد رحمه الله سنة ٩٧هـ ، وتوفي سنة ١٦١ هـ . (انظر : شذرات الذهب (٢٥٠/١) . وسير أعلام النبلاء (٢٢٩/٧) برقم ٨٢ وتاريخ بغداد (١٥١/٩ - ١٧٤)

(٦) كذا في ب و ج ، وفي أ (الملكي) وهو تحريف .

(٧) كذا في النسخ الثلاثة ، ويحتمل أن يكون فيه تحريف .

(٨) هو عبد الله بن المبارك بن واضح الحنظلي التميمي ، أبو عبد الرحمن المروزي . أحد الأئمة الأعلام وحفاظ الإسلام . كان قد جمع بين العلم والزهد ، تفقه على سفيان الثوري والإمام مالك وروي عنه الموطأ . كان أبوه تركيا وأمه خوارزمية . ولد سنة ١١٨هـ ، توفي سنة ١٨١هـ . انظر : وفيات الأعيان (٣٢/٣) . وتهذيب الكمال (٥/١٦) . والطبقات الكبرى (٣٧٢/٧) والعبر للذهبي (٢١٧/١)

(٩) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(١٠) هو يحيى بن سعيد بن فروخ القطان التميمي ، أبو سعيد البصري الحافظ . أحد الأعلام ، وهو أجل أصحاب مالك بالبصرة . وكان الثوري يتعجب من حفظه . واحتج به الأئمة كلهم وقالوا : من تركه يحيى تركناه . توفي رحمه الله سنة ١٩٨هـ وله ثمان وسبعون سنة . انظر : تهذيب التهذيب (١٩٠/١١) . والعبر للذهبي (٢٥٥/١) . والبداية والنهاية (٢٤٤/١٠) .

(١١) هو عبدالرحمن بن مهدى بن حسان بن عبدالرحمن العنبرى ، أبو سعيد البصري اللؤلؤي . كان من الربانيين في العلم ، وأحد المذكورين بالحفظ ، وممن برع في معرفة الأثر وطرق الروايات وأحوال الشيوخ . ولد =

ابن معين [١] عنه فقال : ليس بشيء . وقد عدد أصحاب (الحديث) [٢] المناكير التي انفرد بها ولا أصل لها .

٢٦٣٣٦ - ولأن القتل هو الاستيفاء ، ولا خلاف في استيفاء القتل من الحر بالعبد ، وإنما يمنع مخالفنا الوجوب ، فليس لهم العدول عن هذا الظاهر إلا ولنا أن نحمله على عبد نفسه .

٢٦٣٣٧ - قالوا : روي وكيع [٣] عن إسرائيل [٤] عن جابر [٥] عن الشعبي [٦] قال : قال علي ﷺ : « من السنة ألا يقتل مسلم بكافر ولا يقتل حر بعبد » . [٧]

٢٦٣٣٨ - قلنا : جابر الجُعْفِي قد رددتم خبره ، وقال الدارقطني [٨] (في كتابه) [٩] : أنه كذاب . وذكر حديث ليث [١٠] ....

= ﷺ سنة ١٣٥هـ ، وتوفي سنة ١٩٨ هـ وهو ابن ثلاث وستين . انظر : تاريخ بغداد (٢٤٠/١٠) برقم ٥٣٦٦ . وحلية الأولياء (٦٣/٣/٩) . والعبر للذهبي (٢٥٥/١) .

(١) سبقت ترجمته . (٢) كذا في أ و ب ، وفي ج (الأحاديث) .

(٣) هو وكيع بن الجراح الرؤاسي ، أبو سفيان الكوفي . ثقة عابد صالح أديب من حفاظ الحديث . ولد سنة ١٢٨ هـ ، وتوفي سنة ١٩٨ هـ في طريق مكة . انظر : تاريخ بغداد (٤٩٦/١) . ومعرفة الثقات للعجلي (٣٤١/٢)

(٤) هو إسرائيل بن يونس بن أبي إسحاق عمرو بن عبدالله الهمداني السبيعي ، أبو يوسف الكوفي . الإمام الحجة الحافظ . روي عن جده وغيرهم ، كان من أوعية الحديث ومن مشايخ الإسلام . ولد سنة ١٠٠هـ وتوفي ١٦٠هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٥٥/٧) برقم ١٣٣ . وتاريخ بغداد (٢٥/٢٠/٧)

(٥) هو جابر بن يزيد بن الحارث الجُعفي . من كبار المحدثين بالكوفة ، روي عن أبي الطفيل ومجاهد ، وثقه وكيع وغيره وضعفه آخرون . توفي سنة ١٢٨ هـ . انظر : تهذيب الكمال (٤٦٥/٤) وتاريخ الإسلام للذهبي (٥٢/٥) وشذرات الذهب (١٧٥/١)

(٦) هو عامر بن شراحيل بن عبد بن ذي كبار الشعبي . سمع من ثمانية وأربعين من أصحاب رسول الله ﷺ ، ولا يكاد يرسل إلا صحيحا . ولد سنة ٢٨هـ وتوفي سنة ١٠٥هـ ، وقيل ١٠٤هـ ، وقيل ١٠٣ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٣١٨/٢٩٤/٤) ، والبداية والنهاية (٢٣٠/٩) ، وشذرات الذهب (١٢٦/١) .

(٧) وقد أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كتاب الديات (٢٩٥/٩) برقم ١٠٥٢٧ والبيهقي في السنن الكبرى (٣٤/٨) والدارقطني في سننه (١٣٤/٣) برقم ١٦٠ ، كتاب الحدود والديات ، وقد استدل بالحديث الشافعية والحنابلة . وفي الاستدلال بها قال الإمام الماوردي : يعني سنة رسول الله ﷺ ، وهذا يقوم مقام الرواية عنه ، وليس له في الصحابة مخالف فصار مع السنة إجماعا . انظر : الحاوي (١٧/١٢) والنكت للشيرازي ورقة ب٢٥٣ والمغني والشرح الكبير (٣٤٩/٩) . ودعوى الإجماع هذا لم يسلم من جهة الحنفية . لأنه قد روي الحكم عن علي وابن مسعود ﷺ أنهما قالا : إذا قتل الحر العبد متعمدا فهو قود . وبوجود مثل هذا الخلاف لا يسلم لهم الإجماع .

(٨) سبق ترجمته . (٩) ما بين القوسين ساقط من أ . وما أثبت من ب و ج .

(١٠) هو ليث بن أبي سليم بن زُنيم ، محدث الكوفة وأحد علماء الأعيان . ولد بعد الستين ، وحدث عن =

عن الحكم [1] قال : قال علي [2] وابن مسعود [3] [رضي الله عنهما] : « إذا قتل الحر العبد (معتمدًا) [4] فهو قود » [5] .

٢٦٣٣٩ - وقولهم : إنه مرسل [6] . لا يصح ، لأن مراسيل الحكم أقوى من مسانيد (جابر) [7] الجُعْفِي . وقد ذكروا حديث عمرو بن شعيب [8] عن أبيه[9] عن جده [10] أن أبا بكر [11] ....

= الشعبي ومجاهد وطاووس وعطاء ونافع مولى عمر وغيرهم . وحدث عنه خلق كثير . قال الإمام أحمد بن حنبل : ليث بن أبي سليم مضطرب الحديث ، ولكن حدث عنه الناس .

وقال الدارقطني : صاحب سنة يجرح حديثه . توفي سنة ١٤٨هـ . انظر : الضعفاء والمتروكين للنسائي ص٢٠٩ ، وسير أعلام النبلاء (١٧٩/٦) ، وشذرات الذهب ٢٠٨/٢٠٧/١)

(١) هو الفقيه النبيه الحكم بن عتيبة ، أبو محمد الكندي . عالم كبير من أهل الكوفة ، حدث عن شريح القاضي وعبدالرحمن بن أبي ليلى وإبراهيم النخعي وسعيد بن جبير وطاووس وعكرمة ومجاهد وعلى بن الحسين وعطاء بن أبي رباح وغيرهم . وروي عنه منصور والأعمش والأوزاعي وشعبة وآخرون . قال سفيان بن عيينة : ما كان بالكوفة مثل الحكم وحماد بن أبي سليمان . ولد سنة ٤٦هـ ، وتوفي سنة ١١٥هـ على المشهور . انظر : تذكرة الحفاظ (١١٧/١) ، وشذرات الذهب (١٥١/١) ، وتهذيب الكمال (١٢٠/١١٤/٧) ، وسير أعلام النبلاء (٢١٢/٢٠٨/٥) .

(٢) سبق ترجمته . (٣) سبق ترجمته .

(٤) في النسخ الثلاثة (سهما) وهو تحريف . والصحيح ما أثبت بناء على رواية الدارقطني في سننه ، كتاب الحدود والديات (١٣٣/٣) برقم ١٥٩ . وهو عند الإمام البيهقي بلفظ (متعمدا) . انظر : السنن الكبرى ٣٥/٨ .

(٥) انظر : سنن الدارقطني (١٣٣/٣) والسنن الكبرى للبيهقي (٣٥/٨) .

(٦) قال الدارقطني : لا تقوم به حجة لأنه مرسل . انظر : سنن الدارقطني (١٣٣/٣) والنكت للشيرازي ورقة ب٢٥٣ . (٧) في ب و ج (جعفر) .

(٨) هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبدالله بن عمرو بن العاص السهمي ، أبو إبراهيم ، تابعي روي عن زينب ربيبة النبي ﷺ . وثقه يحيى بن معين وابن راهويه . وهو حسن الحديث .

وقال الإمام الذهبي : صدوق في نفسه . توفي سنة ١١٨ هـ . (انظر : شذرات الذهب (١٥٥/١) والعبر للذهبي (١١٣/١) ومعرفة الرواة للذهبي ص١٥٤ .

(٩) هو شعيب بن محمد . روي عن جده وأبيه وابن عباس وابن عمر ومعاوية . وذكر البخاري وأبو داود أنه سمع من جده .

(١٠) هو محمد بن عبدالله . روي عن أبيه . وروي عنه ابنه شعيب وحكم بن الحارث وتوفي في حياة أبيه . انظر : تهذيب التهذيب (٢٣٧/٤) وتهذيب الكمال (٥١٤/٢٥) .

(١١) هو الصحابي الجليل عبد الله بن عثمان بن عامر بن كعب القرشي التيمي ، أبو بكر الصديق ، ابن أبي قحافة . ولد بعد عام الفيل بستين وستة أشهر ، وصحب النبي ﷺ قبل البعثة ، وكان من السابقين إلى الإسلام ، ورافقه ﷺ في الهجرة إلى المدينة المنورة ، ورضيه المسلمون خليفة لرسول الله ﷺ ، وهو أحد المبشرين بالجنة . توفي ﷺ سنة ١٣ من الهجرة بالمدينة وهو ابن ثلاث وستين سنة ، ودفن في بيت عائشة ﷺ =

وعمر [(١)] [رضي الله عنهما] كانا لا يقتلان الحر بالعبد [(٢)] . ورواه الحجاج بن أرطاة [(٣)] عن (عمرو) [(٤)] .

٢٦٣٤٠ - وقد طعن مخالفونا (على) [(٥)] الحجاج بن أرطاة ، وقالوا في رواية عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أنه مرسل [(٦)] . وسكتوا عن الطعن حين طعنوا بروايته . وإذا ثبت من قول [(٧)] ابن مسعود [رضي الله عنه] وجوب القصاص (بينهما) [(٨)] لم يصح الاحتجاج بقول غيره من الصحابة [(٩)] .

٢٦٣٤١ - قالوا : كل شخصين لا يجوز القصاص بينهما في الأطراف السليمة لم يجب القصاص بينهما في النفس ، كالمسلم والمستأمن والأب والابن [(١٠)] .

٢٦٣٤٢ - قلنا : تفاضل مؤثر في الأطراف ، بدلالة أنه لا يقطع الصحيحة بالناقصة الأصابع ولا بالشلاء [(١١)] . وهذا المعنى لا يمنع القصاص في النفس (بدلالة) [(١٢)] أن (صحيح) [(١٣)] البدن يُقتل بأشلّ البدن ، فكذلك [لا] [(١٤)]

= مع رسول الله ﷺ . انظر : حلية الأولياء (٣٨/٢٨/١) ، وتهذيب الكمال (٢٨٢/١٥) ترجمة ٣٤١٨ ، والاستيعاب (١٧٧/٤) ترجمة ٢٩٠٦ دار الكتب العلمية .

(١) سبقت ترجمته .

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه ، كتاب الحدود والديات (١٣٤/٣) برقم ١٦٢ . والبيهقي في السنن الكبرى (٣٤/٨) .

(٣) هو حجاج بن أرطاة بن ثور بن هبيرة بن شراحيل بن كعب النخعي ، أبو أرطاة الكوفي . الفقيه الإمام العلامة . توفي رحمه الله سنة ١٥٠ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٦٨/٧) برقم ٢٧ وشذرات الذهب (٢٢٩/١) وتاريخ بغداد (٢٣٠/٨)

(٤) كذا في أ و ب ، وفي ج (عمر) وهو تحريف . (٥) في ب و ج (عن) وهو تحريف .

(٦) انظر : سنن الدارقطني (١٣٤/٣) والسنن الكبرى للبيهقي (٣٤/٨) .

(٧) هو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما ، وليس قول ابن مسعود رضي الله عنه وحده .

(٨) ما بين القوسين ساقط من ب و ج ، وفي أ (بينهما في الأطراف السليمة) وهو خطأ لأن حديث ابن مسعود رضي الله عنه ورد في القصاص في النفس لا في الأطراف .

(٩) أي لم يصح الاحتجاج بإجماع الصحابة مع وجود خلاف بينهم .

(١٠) انظر : النكت للشيرازي ورقة ب٢٥٣ وعبارته : ولأنه أحد نوعي القصاص ، فلا يتساوى العبد الحر فيه ، كالقصاص في الطرف . وقال أيضًا : ولهذا لا يؤخذ المسلم بالمستأمن ولا الأب بالابن . وانظر : المغني والشرح الكبير (٣٤٩/٩) وعبارته : ولأنه لا يقطع طرفه بطرفه مع التساوي في السلامة فلا يقتل به ، كالأب مع ابنه .

(١١) عند الشافعية أيضًا لا تقطع صحيحة بشلاء وإن رضي الجاني ، فلو فعل لم يقع قصاصا بل عليه ديتها . انظر : مغني المحتاج (٣٣/٤) .

(١٢) ما بين القوسين ساقط من ج .

(١٣) في ب و ج (الصحيح) .

(١٤) كذا في ب ، وهو ساقط من أ و ج .

(يمنع) [١] التفاضل بالحرية من القصاص في النفس ، و [هوان الرق] [٢] والملك لا يقع في (الروح) [٣] ، وإنما يقع في البدن (وفي) [٤] الطرف ، والمقصود المماثلة في الطرف ، والملك يمنع ذلك .

٢٦٣٤٣ - قلنا : وهوان الرق لا يوجد في الروح ، وإنما يوجد في البدن حكما ، فأما روح العبد فهي كاملة كروح الحر . فأما [المستأمن] [٥] فقد تكلمنا عليه من المسألة الأولى [٦] . وأما الأب والابن ، فلأن الأب لا يجوز حبسه في ديون الابن ، فلم يجز الاقتصاص فيه في حقوق ابنه ، ويجوز أن يحبس الحر في ديون العبد ، (فكذلك) [٧] يجوز أن يقتص منه وإن ابتدأ حربه في حال الحرية .

٢٦٣٤٤ - قالوا : كل قصاص لا يجري بين المستأمن والمسلم لا يجري بين الحر والعبد كالقصاص في الأطراف [٨] .

٢٦٣٤٥ - قلنا : الأطراف يجري مجرى ضمان الأموال ، بدلالة أنها تكون عمدا محضا أو (شبهة) [٩] فلا يجب القصاص فيها ، فكذلك اعتبرت المماثلة . والأنفس ليس فيها ضمان (الأموال) [١٠] ، فلم تعتبر فيها المماثلة . ولأن الأطراف يؤثر فيها النقص ، والأنفس لا يتصور فيها النقص [١١] .

٢٦٣٤٦ - لأن محل القصاص في الحر والعبد سواء . وإنما يؤثر في الأنفس معنى الإباحة ، وذلك لا يوجد في دم العبد . وقد قال بعضهم : إن اليد الشلاء ميتة ، (فلذلك) [١٢] لا يجب (بقطعها) [١٣] ....

---

(١) في أ (منع) . وما أثبت من ب و ج .
(٢) في أ و ج (وهان الروح) ، وفي ب (وهاب الزوج) وهو تحريف . والصحيح ما أثبتناه .
(٣) كذا في أ ، وفي ب و ج (الزوج) .
(٤) كذا في أ ، وفي النسخة ب و ج (وهو) .
(٥) في النسخ الثلاثة (مستأمن) . والصواب ما أثبتناه .
(٦) ذكر في المسألة الأولى : أن المستأمن تارك للحرب إلى مدة ، فحقن دمه إلى مدة بخلاف المسلم ، فإنه محقون الدم لا إلى مدة .
(٧) كذا في ب و ج ، وفي أ (فلذلك) .
(٨) انظر : النكت للشيرازي ورقة ب ٢٥٣ الحاوي للماوردي (١٧/١٢) .
(٩) كذا في أ ، وفي ب و ج (شبهة) .
(١٠) في ب وج (المال) .
(١١) أجيب عنه : بأن التساوي يعتبر في النفس أيضًا . ولهذا لا يؤخذ المسلم بالمستأمن ولا الأب بالابن . وإنما لم تؤخذ الصحيحة بالشلاء والكاملة الأصابع بالناقصة ، لأن النقص والشلل يتصور في الطرف ولا يتصور في النفس . ولهذا لا يتغير بدل النفس بالنقص ويتغير بالطرف . انظر : النكت للشيرازي ورقة ب٢٥٣ .
(١٢) كذا في أ و ج ، وفي ب (فكذلك) .
(١٣) كذا في أ ، وفي ب و ج (لقطعها) .

القصاص [١] وهذا غلط . لأنها لو كانت ميتة تلاشت وفسدت ولم تبق ، وإن كانت لا تصير مذكاة في الشاة بذكاة الأصل .

٢٦٣٤٧ - لأن الذكاة لا تفعل إلا في (الحي) [٢] ، ولم يجب (بقطعها) [٣] أرش .

٢٦٣٤٨ - قالوا : الشعر يضمن ولا يفسد وإن كان ميتا عندكم [٤] .

٢٦٣٤٩ - قلنا : غلط . (عندنا) [٥] الشعر لا حياة فيه ، فأما أن نقول إنه ميت فلا ، وعدم الحياة لم يمنع الضمان كالشجر .

٢٦٣٥٠ - فإن قيل : لو كان القصاص (سقط) [٦] في طرف العبد (للتفاضل) [٧] ، قطع طرف العبد بالحر والمرأة بالرجل كما تقطع الشلاء بالصحيحة .

٢٦٣٥١ - قلنا : النقصان متى كان مشاهدا منع أن (يؤخذ) [٨] الأكمل بالأنقص ، ولم يمنع أخذ (الناقص) [٩] بالكامل بالتراضي . وإن كان النقص من طريق الحكم منع أن يؤخذ الناقص بالكامل وإن حصل (بالتراضي) [١٠] ، كما لو قطع (الرجل) [١١] يمين رجل ولا يمين له ، لم يقطع يساره بيمين المقطوع وإن رضي بذلك .

٢٦٣٥٢ - قالوا : النفس أكمل حرمة من الطرف ، فإذا لم (يؤخذ) [١٢] طرف الحر بطرف العبد فنفسه أولى [١٣] .

٢٦٣٥٣ - قلنا : لما كانت حرمة النفس أعظم من حرمة الطرف جاز أن يقتص من الحر لانتهاكه الحرمة العظمى ، ولم يقتص من طرفه لانتهاكه الحرمة الناقصة .

٢٦٣٥٤ - قالوا : فالرق لا تأثير له في عبد نفسه ، لأن المكاتب لو قتل عبده لم يقتص منه ، ولم يكن منقوصا بالرق .

٢٦٣٥٥ - قلنا [١٤] : والمعنى الصحيح أن حقوق العبد ثبت للمولى ، فأوجب على

---

(١) انظر : الحاوي للماوردي (١٢/١٨) .
(٢) في ب و ج (حر) . وهو تحريف . وما أثبت من أ .
(٣) في ب و ج (لقطعها) .
(٤) انظر : الحاوي للماوردي (١٢/١٨) .
(٥) ما بين القوسين ساقط من ب .
(٦) كذا في أ و ب ، وفي ج (بسقط) .
(٧) في ب و ج (التفاضل) .
(٨) كذا في أ و ج ، وفي ب (يوجد) .
(٩) كذا في أ و ب ، وفي ج (الناقصة) .
(١٠) في ب و ج (التراضي) .
(١١) كذا في أ ، وفي ب و ج (رجل) .
(١٢) كذا في أ و ج ، وفي ب (يوجد) .
(١٣) انظر : الحاوي (١٢/١٧) .
(١٤) ما بين المعكوفتين ليست في النسخ الثلاثة . والظاهر أنه ساقط منها . لأن ما بعده جواب الإمام القدوري عن دليل المخالف .

المولى القصاص لعبده [لو وجب] [١] له ، والإنسان لا يَثْبُتُ له [٢] على نفسه قصاصٌ [٣] . وهذا المعنى في عبد غيره لا يوجد [٤] .

٢٦٣٥٦ - قالوا : كل [شخصين] [٥] يُحَدُّ أحدهما بقذف صاحبه ولا يحد الآخر بقذفه مع عفته [٦] لم يقتل به كالمسلم والمستأمن والمولى وعبده [٧] .

٢٦٣٥٧ - وقد تكلمنا على هذا القياس فيما مضى [٨] ، وبيّنا أن القذف يَسقُط الحدُّ فيه لعدم الإحصان ، وهذا لا يمنع القصاص ، كما لو قذف الكبيرُ الصغيرَ والعاقلُ المجنونَ لم يُحَدَّا [٩] بقذفهما ، وإن وجب القصاص عليهما [١٠] بقتلهما .

* * *

(١) في النسخ الثلاثة (لوجب) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ب وج .

(٥) في النسخ الثلاثة (شخص) .

(٦) كذا في ب و ج ، وفي أ (عتقه) .

(٧) انظر : النكت للشيرازي ورقة ب٢٥٣ حيث قال : لا يتكافآن في حد القذف مع العفة فلم يتكافآ في القصاص كالمسلم والمستأمن . اهـ وانظر الحاوي للماوردي (١٢/١٨) .

(٨) قال الإمام القدوري : ثم حد القذف أضيق ووجوب القصاص أوسع . بدليل الذمي لا يحد بقذف الذمي ويقتل بقتله . ومن قذف موطوءة بشبهة يجب القصاص بقتلها ولا يجب الحد بقذفها . ولأن الأب لا يحد بقذف ابنه بفضله . بدلالة أنه لا يحد مع إحصان الابن ، ولو قذف غيره حد . فلما منعت الفضيلة الحد منعت القصاص في المسلم . إذا قذف الذمي لم يحدا لا للفضيلة . لكن بعدم حد القذف لفقد إحصان المقذوف . وهذا لا يمنع وجوب القصاص بقتله . بدلالة من قذف صغيرا أو مجنونا لم يحد ، ولو قتلهما قتل . انظر : ص ٨١ .

(٩) كذا في ج . وفي أ و ب (لم يحد) .

(١٠) كذا في ج وهو الصواب . في أ (عليه القصاص) و في ب (القصاص عليه) .



مقدار دية العبد إذا قتله الحر

٢٦٣٥٨ - قال أبو حنيفة ومحمد (رحمهما الله) [(١)] : إذا قتل عبدًا لم يبلغ بضمانه دية الحر وينقص عنها .

٢٦٣٥٩ - وقال أبو يوسف (رحمة الله عليه) [(٢)] : عليه قيمته بالغة ما بلغت .

٢٦٣٦٠ - و (به) [(٣)] قال الشافعي [(٤)] [رحمه الله] .

٢٦٣٦١ - لنا : ما روي عن ابن مسعود [(٥)] [رضي الله عنه] أنه قال في قيمة العبد بالجناية : « لا يزاد على عشرة آلاف إلا عشرة » [(٦)] . وهذا التقدير لا مدخل للقياس فيه ، فإذا

---

(١) ما بين القوسين زيادة من ب وج .

(٢) ما بين القوسين زيادة من ب و ج .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) اتفق الفقهاء أن في العبد يقتل قيمته إذا كانت القيمة أقل من الدية ، أما إذا كانت قيمته أكثر من دية الحر ، فاختلفوا على قولين : القول الأول : ذهب الإمام أبو حنيفة ومحمد رحمهم الله إلى أن العبد إن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر ، تجب في ديته عشرة آلاف إلا عشرة دراهم ولا يزيد عليها . وبه قال النخعي والشعبي والثوري وهو رواية عن الإمام أحمد حكاها أبو الخطاب . القول الثاني : ذهب الإمام مالك والإمام الشافعي وكذلك الإمام أحمد في المشهور من مذهبه إلى أنه تجب قيمته بالغة ما بلغت وإن زادت عن دية الحر . وهو قول الإمام أبو يوسف من الحنفية . وروي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعمر بن عبد العزيز وإياس بن معاوية والزهري ومكحول وإسحاق . انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٤٣ ، والمبسوط للسرخسي (٢٥٧/٦) ، بداية المجتهد (٤١٤/٢) ، بلغة السالك (٣٩٨/٢) . الأم (١١٤/٦) ، المهذب للشيرازي (٢١٠/٢) ، الحاوي للماوردي (٢٠/١٢) ، الإنصاف للمرداوي (٦٦/١٠) ، شرح منتهى الإرادات (٣٠٣/٣) ، المغني والشرح الكبير (٣٨٢/٩) والإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر (٢١٢/٢) .

(٥) سبقت ترجمته ، انظر ص ٧٣ .

(٦) أخرجه الإمام محمد في كتاب الأصل المعروف بالمبسوط قال : بلغنا ذلك عن عبدالله بن مسعود وإبراهيم النخعي أنهما قالا : « لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر » . انظر : الأصل (٥٩٢/٤) . وروي هذا القول عن جمع من التابعين ، فقد أخرج عبد الرزاق عن إبراهيم والشعبي قالا : « لا يبلغ بالعبد دية الحر » . وعن معمر عن حماد : « لا يجاوز به دية الحر » . انظر : مصنف عبد الرزاق (٩/١٠) . وأخرجه ابن أبي شيبة عن إبراهيم والشعبي قالا : « لا يبلغ بدية العبد دية الحر في الخطأ » . وعن ابن جريج عن عطاء : « لا يزاد العبد على دية الحر » . انظر : مصنف ابن أبي شيبة (٢٤٠/٩) . هذا ولم نجد أثرا يثبت تقدير العشرة . وقد جاء في الهداية : روي عن ابن عباس : أنه ينقص في العبد عشرة إذا بلغت قيمته عشرة آلاف . قال الزيلعي : قلت غريب . نصب الراية (٣٨٩/٤) .

قاله الصحابي [١] حُمِل على (التوقيف) [٢] ، فكأنه رواه عن النبي ﷺ [٣] .

٢٦٣٦٢ - فإن قيل : روي (عن) [٤] النبي ﷺ : « يُضمن (قيمته) [٥] بالغة ما بلغت » [٦] .

٢٦٣٦٣ - قلنا : هذا يقتضي القياس فلا يحمل على (التوقيف) [٧] لجواز أن يكون قاله قياسا ، فلا يعارض قول من لا يُجوِّز أن يكون رجع إلا إلى التوقيف .

٢٦٣٦٤ - ولأنه بدل على (نفس) [٨] آدمي بالقتل فلا يزاد على ألف دينار كالحر [٩] .

٢٦٣٦٥ - ولا يقال : هذا كلام من جوابه يبلغ ألف دينار ويمنع الزيادة ؛ لأن الخلاف في (موضعين) [١٠] : أحدهما : أنه لا يبلغ ، والآخر : لا يزاد .

---

(١) الصحابي : من لقي رسول الله ﷺ مؤمنا به ومات على الإسلام ، وجمعه الصحابة . قال الفيومي : والأصل في هذا الإطلاق لمن حصل له رؤية ومجالسة . انظر : المصباح المنير (٤٥٤/١) والمعجم الوسيط (٥٢٧/١) مادة صحب .

(٢) في النسخ الثلاثة (التوقف) .

(٣) قال الإمام الكاساني : وتقدير النقصان بالعشرة ثبت توقيفا ، فالظاهر أنه قال ذلك سماعا من النبي ﷺ لأنه من باب المقادير . أو لأن هذا أدنى مال له خطر في الشرع كما في نصاب السرقة والمهر والنكاح . انظر : البدائع (٢٥٨/٧) . وقد أجيب عن هذا بأنه لا حجة في هذه الرواية . قال الإمام الشافعي : إن كانت حجته بأن إبراهيم النخعي قاله ، فهو يزعم أن إبراهيم وغيره من التابعين ليسوا حجة على أحد . الأم (٣٤٣/٧) .
أقول إن ما استدل به الإمام أبو حنيفة ومن معه يقوم على أمرين :
الأول : أنه لا يزاد على دية الحر . والثاني : ينقص منه عشرة دراهم . فما استدلوا به على الأمر الأول بما روى عن ابن مسعود ﷺ فهو معارض بمثله فقد روى عن عمر وعلى ﷺ في الحر يقتل العبد قالا : ثمنه ما بلغ . أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٧/٨) . أما الأمر الثاني فلم يثبت في الأثر . فإن كان تحديد عشرة دراهم بالرأي فهذا تحديد لا دليل عليه . ولو قيل إنها تكون على النصف من دية الحر لكان قولا له وجه كما قال ابن رشد في بداية المجتهد (٤١٥/٢) .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٥) في ج (قيمة) ، وما أثبته من أ و ب .

(٦) أخرجه الإمام البيهقي السنن الكبرى (٣٧/٨) . وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كتاب الديات (٢٣٧/٩) برقم ٧٢٥٤ . وعبد الرزاق في مصنفه (٩/١٠) . والإمام الشافعي في الأم (١١١/٦) (٣٤٦/٧) .

(٧) في النسخ الثلاثة (التوقف) .

(٨) ما بين القوسين ساقط من ب .

(٩) نوقش هذا القياس بأنه قياس مع الفارق . فقد أجاب الإمام الماوردي عن قياس الحنفية العبد على الحر بجوابين : الأول : أنهم لا يساوونه بالحر لما يعتبرونه من نقصان قيمته عن دية الحر .
والثاني : أنه لما لم يلحق بالحر في ضمانه باليد لم يلحق في ضمانه بالجناية . ولما امتنع أن يلحق به إذا نقصت قيمته امتنع أن يلحق به إذا زاد . انظر : الحاوي للماوردي (٢١/١٢) . وقال ابن قدامة : ويخالف الحر فإنه ليس بمضمون بالقيمة . وإنما ضمن بما قدره الشرع ، فلم يتجاوزه . ولأن ضمان الحر ليس بضمان مال ، ولذلك لم يختلف باختلاف صفاته . وهذا ضمان مال يزيد بزيادة المالية وينقص بنقصانها فاختلفا . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٨٣/٩) .

(١٠) كذا في ب و ج . وفي أ (الموضعين) .

٢٦٣٦٦ - قلنا : (إنه) [١] يدل على أحد الخلافين . ولأن الحرية لها تأثير في زيادة الدية ، والرق (له) [٢] تأثير في نقصانها ، بدلالة أن عبدًا قيمته ألف إذا قُتل يُضمن بألف ، ولو أُعتق ثم قُتل ضُمن بألف ، فلو قلنا : إن بدل العبد يزاد بالقتل على الدية لجعلنا (للرق) [٣] تأثيرًا في زيادة البدل ، وهذا لا يصح ؛ لأن الأسباب الموجبة لزيادة البدل معقولة من الحس والعقل والدين والعلم والشجاعة والصنائع . المعاني كلها توجد في الأحرار مع زيادة الحرية ، (فلأنه) [٤] إذا بُدِّل أنفسهم على الدية ، فلأن لا يوجب البدل في العبد مع نقصان الرق أولى .

٢٦٣٦٧ - قالوا [٥] : هذه الأسباب (أوجبت) [٦] زيادة القيمة في البهائم وإن لم توجب في الأحرار [٧]

٢٦٣٦٨ - قلنا : صفات الآدمي الموجبة لزيادة القيمة (لا) [٨] توجد في البهيمة ، وصفات البهيمة الموجبة لزيادة قيمتها لا توجد في الآدمي .

٢٦٣٦٩ - فإن قيل : التفاوت بالنقصان يجوز أن يؤثر في نقصان بدل العبد ولا يؤثر في نقصان بدل الحر ، كذلك الزيادة [٩] .

٢٦٣٧٠ - قلنا : التفاوت (بالنقص) [١٠] يجوز أن يؤثر في الأحرار ولا تؤثر الزيادة . ألا ترى أن الجنين لما لم تُعلم حياته أثَّر ذلك في نقصان بدله ، وكذلك الكفر عند مخالفنا ، والأنوثة على الأصلين ، ومع ذلك لم يجز أن يؤثر تفاوت الصفات الزائدة في الزيادة .

٢٦٣٧١ - فإن قيل : بدل نفس الحر لما قُدِّر قلة يُقدر كثرة ، وبدل العبد لا يتقدر

---

(١) كذا في ب ، وفي أ و ج (إن) .
(٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(٣) في ب و ج (الرق) وهو تحريف .
(٤) كذا في ج ، وفي أ و ب (لأنه) .
(٥) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٦١ وعبارته : ولأن كل ما يضمن به البهائم ضمن به العبد في القتل كما دون الدية . وانظر أيضًا : المغني والشرح الكبير (٣٨٣/٩) .
(٦) في ب و ج (وجبت) وهو تحريف .
(٧) كذا في أ ، وفي ب (الاقرار) وفي ج (الأفراد) ولعله تحريف .
(٨) كذا في أ و ب ، وفي ج (لم) .
(٩) انظر : الأم (٣٤٦/٧) قال الإمام الشافعي رحمه الله فيها : وكانت دية المسلم موقتة لا ينقص منها شر الناس ولا يزيد فيها خيرهم . وكان من استهلك من شيء من المال ففيه قيمته بالغة ما بلغت ، فكيف لم يقل هذا في العبيد . وانظر كذلك شرح منتهى الإرادات (٣٠٣/٣) وعبارة البهوتي : وضمان الحر ليس بضمان مال ، ولذلك لم يختلف باختلاف صفاته التي تزيد بها قيمته ولو قنا ، وإنما يضمن بما قدره الشرع ، وضمان القن ضمان مال يزيد بزيادة المالية وينقص بنقصانها .
(١٠) كذا في أ و ب ، وفي ج (بالنقصان) .

قلة فلم يتقدر كثرة . [١]

٢٦٣٧٢ - قلنا : يجوز أن يتقدر الشيء كثرة ولا يتقدر قلة ، كأرش اليد الشلاء لا يتقدر قلة ويتقدر (كثرة) [٢] حتى لا يبلغ به نصف الدية . وكذلك التعزير لا يتقدر قلة ويتقدر كثرة .

٢٦٣٧٣ - ولأن القصاص يجب بقتله (فلم يُضمن بالجناية بأكثر من الدية كالحر .

٢٦٣٧٤ - [و] [٣] لأن كفارة القتل يجب بقتله) [٤] فلا يلزمه بقتله أكثر من ألف دينار كالحر [٥] .

٢٦٣٧٥ - فإن قيل : الحر إذا ضُمن (باليد) [٦] لم يُضمن بأكثر من الدية كذلك الجناية ، والعبد إذا ضُمن باليد ضُمن بأكثر من الدية ، كذلك إذا ضُمن بالجناية [٧] .

٢٦٣٧٦ - قلنا : الحر (عندنا لا يضمن) [٨] (باليد) [٩] ، لأن من غصب صبيًا فوقع عليه حائط فهو مضمون [١٠] .

٢٦٣٧٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ [١١] قالوا : [المثل] [١٢] يُعبر به عن مثل الشيء عن جنسه وعن مثله من قيمته [١٣] .

٢٦٣٧٨ - قلنا : قوله : ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ يقتضي الاعتداء على من يملك أن

---

(١) انظر : الحاوي للماوردي (٢٠/١٢) والمغني والشرح الكبير (٣٨٣/٩) .

(٢) في ب و ج (قلة) وهو خطأ .

(٣) ما بين المعكوفين ليست في النسخ الثلاثة . وقد أثبت نظرا للسياق .

(٤) قوله : فلم يضمن – إلى آخر قوله- يجب بقتله ساقط من ب و ج .

(٥) هذا تكرار من الإمام القدوري ﷺ .

(٦) في ب و ج (اليد) وهو تحريف .

(٧) قال الماوردي : أنه لما لم يلحق بالحر في ضمانه باليد لم يلحق في ضمانه بالجناية ، ولما امتنع أن يلحق به إذا نقصت قيمته امتنع أن يلحق به إذا زادت . انظر الحاوي (٢١/١٢) .

(٨) في ب و ج (لا يضمن عندنا) .

(٩) في ب و ج (ليد) . وهو تحريف .

(١٠) الحر لا تضمن بالغصب عند الحنفية . قال الكاساني : إذا غصب صبيا حرًا من أهله فمات في يده من غير آفة أصابته بان مرض في يده فمات أنه لا يضمن . لأن كون المغصوب مالا شرط تحقق الغصب ، والحر ليس بمال . ولو مات في يده بآفة بأن عقره أسد أو نهشته حية ونحو ذلك يضمن لوجود الإتلاف منه تسبيبا . والحر يضمن بالإتلاف مباشرة وتسبيبا . اهـ- انظر البدائع (١٤٦/٧) .

(١١) سورة البقرة الآية ١٩٤ .

(١٢) في النسخ الثلاثة (قاتل) .

(١٣) قال الإمام الماوردي في الاستدلال بالآية الكريمة : أن المثل في الشرع مثلان : مثل في الصورة ومثل في القيمة ، فإذا لم يعتبر المثل في الصورة اعتبر في القيمة . انظر : الحاوي (٢٠/١٢) .

يقاتله وذلك هو الحر . فأما العبد فالمقاتلة إلى مولاه فلا تتناوله الآية . ولأن الواجب هو القيمة ، وقد اختلفنا في قيمة الجناية ، فعندنا أنها لا تبلغ عشرة آلاف . وعندكم أنها تزيد فاحتاجوا إلى الدلالة .

٢٦٣٧٩ – قالوا : حيوان يُضمن باليد والجناية ، فوجب أن يُضمن بالجناية بمثل ما يُضمن باليد ، أصله البهيمة [١] .

٢٦٣٨٠ – قلنا : ضمان البهيمة مال بكل حال فاعتبر حكم المال في الوجهين ، وأما العبد فضمانه باليد ضمان المال فاعتبر ضمان المال فيه ، وضمانه بالجناية ضمان الجنايات ، ولهذا يجب القصاص والكفارة ، وضمان الجناية ما يدخل التقدير ، والمعنى في البهيمة أن القصاص لا يجوز أن يجب بقتلها فلم يتقدر بدلها ، ولما كان العبد يجوز أن يجب القصاص بقتله جاز أن يتقدر بدله بالجناية .

٢٦٣٨١ – قالوا : لا يتقدر بدله (قلة) [٢] فلا يتقدر بدله كثرة كالبهيمة [٣] .

٢٦٣٨٢ – قلنا : لا يمنع أن يتقدر الشيء كثرة ولا يتقدر (قلة) ، [٤] (بدلالة) [٥] أن ما دون الموضحة يرجع في أرشه إلى التقويم [فيُقوَّم] [٦] نقصان قيمة المشجوج بها لو كان عندنا ، فإن بلغت قيمة الموضحة نُقِّص [منها] [٧] ، فيقدر الأرش كثرة وإن لم يتقدر قلة [٨] ، وكذلك التعزير يقدر بالاجتهاد ثم لا يبلغ به الحد فيقدر كثرة ولا يقدر قلة .

٢٦٣٨٣ – قالوا : مملوك مضمون بالإتلاف فوجب أن يضمن بكمال قيمته كالثياب [٩] .

---

(١) النكت ورقة أ٢٦٥ وعبارته : قال الشيرازي : ولأن ما ضمن باليد جميع القيمة ضمن بالقتل جميع القيمة كسائر الأموال . وقال ابن رشد : وعمدة مالك أنه مال قد أتلف فوجب به القيمة ، أصله سائر الأموال . انظر : بداية المجتهد (٤١٥/٢) وانظر كذلك شرح منتهى الإرادات (٣٠٣/٣) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٣) قال الماوردي : إن ما لم يتقدر أقل قيمته لم يتقدر أكثرها كالبهيمة . انظر : الحاوي (٢٠/١٢) . وقال ابن قدامة : ولنا : أنه مال متقوم فيضمن بكمال قيمته بالغة ما بلغت كالفرس . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٨٢/٩) .

(٤) في ب تكرر لفظ (قلة) مرتين .

(٥) في ب (بدل ان له) .

(٦) في النسخ الثلاثة (فيقرب) .

(٧) في النسخ الثلاثة (هاهنا) .

(٨) أجاب عنها الإمام الشيرازي بقوله : ولا يلزم ما دون أرش الموضحة ، لأن الصفات هناك لا تعتبر لاختلاف القيمة ، بل يعرف قدره من دية الموضحة . ولأن ذلك جزء من الموضحة فلا يجوز أن يجب فيه ما يجب في الموضحة ، والعبد ليس بجزء من الحر فجاز أن يقوم بدية الحر . اهـ . النكت ورقة أ ٢٦١ .

(٩) انظر : بداية المجتهد (٤١٥/٢) النكت ورقة أ ٢٦١ والمغني والشرح الكبير (٣٨٢/٩) .

٢٦٣٨٤ - قلنا : الثياب ضمانها ضمان المال ، (بدلالة)[١] أنه لا يتعلق الأثمان ولا يتأجل بدله إلا بالتأجيل ، فكذلك اعتبر كمال قيمته في جهة المال . وأما ضمان القتل فليس بضمان مال وإنما هو ضمان جناية ، بدلالة أنه يجب فيما ليس بمال وهو الحر ، وهو يتأجل من غير تأجيل فليس بضمان مال يجب به القصاص فلذلك لم يعتبر جهة المال فيه ويقدر كما تقدر الجنايات[٢] .

٢٦٣٨٥ - قالوا : لو كان ضمانه ضمان جناية لم يستو الذكر بالأنثى[٣] .

٢٦٣٨٦ - قلنا : لا يستويان ، بدلالة أن عبدًا قيمته ألف يضمن بجميع قيمته ، و(أمة)[٤] قيمتها خمسة آلاف إلا عشرة ، فدل أنها لا يستوي بينهما بمعنى يعود إلى كونه ذكرا وأنثى . وأما إذا كان قيمة كل واحد ألف ، وإنما يتساويان بمعنى تساوى القيمة لا لكونه ذكرا (و)[٥] أنثى .

٢٦٣٨٧ - قالوا : لو كان جناية لغُلِّظ في شبه العمد .

٢٦٣٨٨ - قلنا : شبه العمد يتغلظ بدله من الإبل . ولا يتغلظ من الوَرِق و[الذهب][٦] . وبدل العبد لا يجب فيه الإبل فلم يتغلظ .

٢٦٣٨٩ - قالوا : العبد يُضمن بالغصب والعتق والجناية ، فإذا كان يُضمن في العتق والعتق بجميع قيمته ، فكذلك بالجناية[٧] .

٢٦٣٩٠ - قلنا : ضمانه بالغصب والعتق تمحض ضمان مال ، بدلالة أنه لا يتأجل من غير تأجيل ، وضمانه بالقتل ضمان جناية ، فكذلك اختلف حكم الضمان .

٢٦٣٩١ - قالوا : العبد له (شبهة)[٨] بالأموال ، بدلالة ضمانه بالقيمة ، و(له)[٩]

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ب .

(٢) وحاصل ما رد به الإمام القدورى على قياس الشافعية ومن معهم على الثياب بأنه قياس مع الفارق ، لأن الثياب الضمان فيها ضمان مال ، وفي العبد الضمان فيها ضمان جناية .

(٣) قال الشيرازي : ولأن ضمانه ضمان الأموال بدليل أنه يختلف باختلاف الصفات ويستوي فيه العمد والخطأ والذكر والأنثى . انظر : النكت ورقة أ ٢٦١ .

(٤) كذا في أ ، وفي ب (أبا) وفي ج (أما) .

(٥) كذا في أ ، وفي ب و ج (أو) .

(٦) في النسخ الثلاثة (العتق) .

(٧) قال الإمام الماوردي : لأن ضمان العبد بالجناية أغلظ من ضمانه باليد ، ثم كان في اليد مضمونا بجميع قيمته فكان أولى أن يضمن في الجناية بجميع قيمته . اهـ . انظر : الحاوي (٢٠/١٢) .

(٨) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٩) في ب و ج (لو) .

شبهة بالجنايات ، بدلالة القصاص وتحمل العاقلة ، [فكل] [١] حكم [أخذ الشبه] [٢] [من] [٣] ضمان الأموال تمحض . وكل حكم أخذ الشبه من الجنايات تمحض ، فلما كان وجوب الضمان أخذ (شبهًا) [٤] من أصلين روعي (فيه) [٥] (حكم كل) [٦] واحد منهما [٧] .

٢٦٣٩٢ - ألا ترى أن مخالفنا جعله ضمان مال حين اعتبر (فيه) [٨] قيمته بالغة ما بلغ ، ثم أجّله من غير تأجيل اعتبارا بالجنايات وجعله على العاقلة في الصحيح من المذهب [٩] . وهذا حكم الجنايات دون الأموال ، (وقال في أحد يديه نصف قيمته [١٠] وهذا حكم الجناية دون الأموال) [١١] . ولو كان ضمان المال وجب النقصان ، قال يجب (نصف) [١٢] القيمة بالغًا ما بلغ . وهذا حكم الأموال ، (فثبت) [١٣] أنه يجوز أن يلحق في حكم واحد بالشبهين .

* * *

---

(١) في النسخ الثلاثة (بكل) .
(٢) في النسخ الثلاثة (اكتسبه) .
(٣) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة .
(٤) في ب و ج (بها) .
(٥) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(٦) في ب و ج (كل حكم) .
(٧) الحاوي (٢١/١٢) . قال الماوردي في تقرير هذا الدليل : العبد متردد الحال بين أصلين : أحدهما : الحر . لأنه آدمي مكلف يجب في قتله القود والكفارة .
والثاني : البهيمة . لأنه مملوك يباع ويوهب ويورث . وهو في القيمة ملحق بأحد الأصلين . فلما ألحق بالبهيمة في ثلاثة أحوال : أحدها : إذا قلت قيمته . والثاني : إذا ضمنت باليد . والثالث : إذا ضمنه أحد الشريكين بالعتق . وجب أن يلحق بالبهيمة في الحال الرابعة ، وهو إذا زادت قيمته في ضمانه بالجناية . لأنه لا يجوز أن يلحق بالبهيمة في أقلها ويلحق بالحر في أكثرها . ولأنهم لا يلحقونه بالحر في أكثرها حتى ينقصوا من قيمته عشرة ، فلم يسلم لهم أحد الأصلين . اهـ .
(٨) كذا في ب و ج ، وهو ساقط من أ .
(٩) قال الإمام الشافعي : إذا قتل الرجل العبد خطأ عقلته عاقلته . الأم (١٥٨/٦) .
(١٠) قال الإمام الشافعي : في يده خمسون . الأم (١٢٦/٦) .
(١١) قوله : وقال في أحد - إلى آخر قوله - دون الأموال ساقط من ب و ج .
(١٢) كذا في ب و ج . وفي أ (النقصان) .
(١٣) - في ب و ج (ثبت) .


مسألة ١٣٠٢

القصاص بين الحر والعبد وبين العبدين

وبين الرجال والنساء فيما دون النفس

٢٦٣٩٣ - قال أصحابنا رحمهم الله : لا قصاص بين الحر و (١) العبد فيما دون النفس ، [ولا بين العبدين] (٢) ولا بين الرجال والنساء (٣) .

٢٦٣٩٤ - وقال الشافعي رحمه الله : يجرى بينهما القصاص (٤) .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٢) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة . والظاهر أنه سقط منهما بسهو النساخ . والصواب ما أثبته بدليل أن الحديث الذي استدل به الإمام القدوري هو في القصاص بين العبيد فيما دون النفس .

(٣) انظر : مختصر الطحاوى ص٢٣١ حيث قال الإمام الطحاوى : لا قصاص بين العبيد ولا بين العبيد والأحرار فيما دون النفس ، ولا قصاص بين النساء والرجال فيما دون النفس . والواجب في ذلك الديات أو الأرش لا ما سواه . وانظر كذلك : الهداية (١٦٦/٤) وتحفة الفقهاء (١٥١/٣) .

(٤) قول الإمام القدوري رحمه الله : « وقال الشافعي رحمه الله : يجرى بينهما القصاص » ليس دقيقًا . لأن الإمام الشافعي رحمه الله لا يرى جريان القصاص بين هؤلاء بإطلاق . فهو وإن كان يرى أن الرجل والمرأة يجرى بينهما القصاص فيما دون النفس الرجل بالمرأة والمرأة بالرجل وأن العبيد يقتص لبعضهم من بعض وإن تفاوتت أثمانهم ، إلا أنه يرى بالنسبة للقصاص بين الحر والعبد فيما دون النفس أنه يقتص من العبد للحر إن طالب الحر بالقصاص ، ولا يقتص للعبد من الحر . فقد قال الإمام الشافعي في الأم ما نصه : وكل نفس قتلتها بنفس لو كانت قاتلتها أقصصت بينهما ما دون النفس . وأقص للرجل من المرأة وللمرأة من الرجل بلا فضل مال بينهما ، والعبيد بعضهم من بعض وإن تفاوتت أثمانهم . ولو أن عبدًا أو حرًا أو كافرًا جرح مسلمًا أقصصت المجروح منه إن شاء ، لأني أقتله لو قتله . ولو كان الحر المسلم قتل كافرًا أو جرحه أو عبدًا أو جرحه لم أقصه منه . انظر : الأم (٥٥/٦) . وبهذا يتبين لنا أن هذه المسألة اشتملت على ثلاث مسائل :

الأولى : القصاص بين الحر والعبد فيما دون النفس .

الثانية : القصاص بين العبيد بعضهم من بعض فيما دون النفس .

الثالثة : القصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس . ويمكن القول إن الفقهاء اتفقوا على أنه يقتص للحر من الحر وللعبد من العبد وللذكر من الذكر وللأنثى من الأنثى فيما دون النفس . وكذلك اتفقوا على أنه لا يقتص من الحر للعبد فيما دون النفس . ثم اختلفوا فيما عدا ذلك . ففي المسألة الأولى أي القصاص بين الحر والعبد فيما دون النفس قولان للفقهاء : **القول الأول** : للإمام أبي حنيفة والإمام مالك في المشهور أنه لا يجري بينهما القصاص فيما دون النفس . **والقول الثاني** : للإمام الشافعي والإمام أحمد وكذلك الإمام مالك في رواية أنه يقتص للحر من العبد في ما دون النفس ، ولا يقتص للعبد من الحر فيها . وبه قال الثوري وأبو ثور وإسحاق =

٢٦٣٩٥ - لنا : ما [١] روى قتادة [٢] عن أبي نَضْرة [٣] عن عمران بن حُصين [٤] ﷺ أن عبدًا لقوم فقراء قطع أذن عبد لقوم أغنياء فأتوا النبي ﷺ فقالوا : إنا قوم فقراء ، فلم يقطعه (رسول الله) [٥] ﷺ [٦] . ولا يقال : يحتمل أن يكون القوم لم يطالبوا بالقصاص و كان في

= وابن المنذر . وفى المسألة الثانية وهي القصاص بين العبيد بعضهم من بعض فيما دون النفس للفقهاء أقوال ثلاثة : **القول الأول** : للإمام أبي حنيفة : أنه لا قصاص بينهم فيما دون النفس . وهو قول الشعبي والنخعي والثوري **والقول الثاني** : للإمام مالك والإمام الشافعي والإمام أحمد في المذهب : أنه يجرى بينهم القصاص فيما دون النفس وبه قال عمر بن عبد العزيز وسالم والزهري وقتادة وأبو ثور وابن المنذر . **القول الثالث** : للإمام أحمد في رواية : أنه يجرى بينهما القصاص إذا استوت القيمة . وفى المسألة الثالثة وهي القصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس قولان للفقهاء : **القول الأول** : للإمام أبي حنيفة وحماد بن أبي سليمان أنه لا قصاص بينهما فيما دون النفس . **والقول الثاني** : للإمام مالك والإمام الشافعي والإمام أحمد وإسحاق والثوري وأبي ثور وإسحاق وابن المنذر أنه يجرى بينهما القصاص فيما دون النفس . انظر بالإضافة لما سبق من المراجع : المدونة برواية سحنون (١٦٦/١٦) والكافي للقرطبي ص ٥٨٨ وبداية المجتهد (٤٠٦/٢) وحاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢٥٠/٤) وبلغة السالك (٣٨٧/٢) ومغنى المحتاج (٢٤/٤) . والإنصاف للمرداوي (١٤/١٠) والمغني والشرح الكبير (٣٧٨/٣٥١/٩) ، والإشراف على مذاهب أهل العلم (١٠١/٩٦/٢) .

(١) في أ (قوله ما) . وهو خطأ . وما أثبته من ب و ج .

(٢) هو قتادة بن دِعامة السدوسى ، أبو الخطاب البصري . مفسر الكتاب ، كان آية في الحفظ ، إماما في النسب ، رأسا في العربية واللغة وأيام العرب . روى عن أنس بن مالك وغيره من الصحابة وروى عنه الجماعة قال معمر : سمعت قتادة يقول : ما في القرآن آية إلا وسمعت فيها شيئا اهـ . ولد سنة ٦٠هـ وتوفى سنة ١١٧هـ بواسط في الطاعون . انظر : تهذيب الكمال (٤٩٨/٢٣) ترجمة ٤٨٤٨ حلية الأولياء (٣٣٣/٢) شذرات الذهب (١٥٣/١) .

(٣) في النسخ الثلاثة (نضر) والصحيح ما أثبته بناء لما ورد في كتب التراجم . وأبي نضرة هو المنذر بن مالك بن قطعة . أبو نضرة العبدى ثم العوفى البصري . أحد شيوخ البصرة . أدرك طلحة وعليا والكبار ، روى عن وكيع بن الجراح . ذكره ابن حبان في الثقات . توفي سنة ١٠٨هـ وصلى عليه الحسين ﷺ . انظر : تهذيب التهذيب (٢٦٨/١٠) شذرات الذهب (١٣٥/١) ثقات ابن حبان (٤٢١/٥) .

(٤) هو عمران بن حصين بن عُبيد ، أبو نُجيد الخزاعى صاحب رسول الله ﷺ . أسلم عام خيبر ، روى عن النبي ﷺ ، بعثه عمر ﷺ ليفقه أهل البصرة وكان قاضيا بها . توفي بالبصرة سنة ٥٢هـ . انظر : تهذيب الكمال (٣١٩/٢٢) طبقات ابن سعد (٤/٧) شذرات الذهب (٥٨/١) .

(٥) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٦) أخرجه الدارمي في كتاب الديات باب القصاص بين العبيد برقم ٢٣٦٧ عن عمران بن حصين : أن عبدًا لأناس فقراء قطع يد غلام لأناس أغنياء فأتى أهله النبي ﷺ فقالوا : يا رسول الله إنه لأناس فقراء . فلم يجعل عليه النبي ﷺ شيئا . سنن الدارمي (٢٥٤/٢) . وأبو داود في كتاب الديات باب في جناية العبد يكون للفقراء برقم ٤٥٩٠ ولفظه : (أن غلاما لأناس فقراء قطع أذن غلام لأناس أغنياء) سنن أبي داود (١٩٦/٤) . =

الفعل شبهة [١]، لأن هذا تعلق الحكم بغير السبب المذكور، وهذا ترك الظاهر .

٢٦٣٩٦ - ولأن الرق نقص يمنع استيفاء طرف الحر بطرفه، كما لو كان المقطوع ذميا والقاطع عبدًا مسلمًا .

٢٦٣٩٧ - ولأنهما إن اختلفا في القيمة لم يجز أخذ الكامل بالناقص لما قدمناه . ولا يجوز أخذ الناقص بالكامل لأن النقص من طريق الحكم يمنع أخذ الناقص بالكامل كاليمين واليسار [٢] . وإن تساوت قيمتهما فالتساوي [٣] يُعلم بالحرز [٤] والظن، وما اعتبر فيه المماثلة لم يجز أن يُرجع فيها إلى [٥] الحرز [٦] والظن، كبيع الفضة بالفضة والحنطة بالحنطة .

٢٦٣٩٨ - فإن قيل : إذا سرق السارق ثوبا فبلغت قيمته النصاب قطع وإن كانت القيمة بالحرز [٧]، وكذلك إذا شهد شاهدان بالقطع فطريق عدالتهما الظن . وإذا أوجبتم على المسلم القصاص بالكافر فطريق ذلك الظن [٨] .

= وأخرجه النسائي بهذا اللفظ أيضًا في كتاب القسامة باب سقوط القود بين المماليك فيما دون النفس . سنن النسائي (٢٥/٨) والإمام أحمد في المسند (٤٣٨/٤) . قال الحافظ ابن حجر: إسناده صحيح . انظر : سبل السلام (٤٨٤/٣) . وجه الاستدلال بالحديث الشريف : هو أن النبي ﷺ لم يقتص منه، لأن ذلك لم يكن واجبا . انظر : مختصر اختلاف الفقهاء لأبي بكر الجصاص ورقة ٢٤٤أ مخطوط باسم اختلاف الفقهاء لأبي جعفر الطحاوى برقم ٦٤٧ فقه حنفي ميكروفيلم ٣٠٢٩٧ بدار الكتب المصرية . وقد ناقش الشافعية الاستدلال بهذا الحديث فقال الإمام الخطابي : إن الغلام الجاني كان حرا وكانت جنايته خطأ وكانت عاقلته فقراء . وقال السندى : أراد أن الغلام بمعنى الصغير لا المملوك . انظر : معالم السنن للخطابي (٤١/٤) وشرح السيوطى على سنن النسائي مع حاشية السندى (٢٥/٨) . ويمكن أن يرد على هذا بأن الدارمى روى الحديث بلفظ العبد صراحة، كما أن أصحاب السنن أخرجوا الحديث في باب القصاص بين العبيد مما يدل على أن الحديث وارد في القصاص بين العبيد فيما دون النفس، ولفظ الغلام يستعمل في العبد كما يستعمل في الصبي فيحمل على العبد جمعا بين روايات الحديث الشريف .

(١) قال الإمام الشيرازي : قصة في عين فلعل كان هناك شبهة أو لم يطالب أهله . انظر : النكت للشيرازي ورقة ب ٢٥٣ .

(٢) قال الإمام أبو بكر الجصاص : لا يؤخذ الكامل بالناقص لاختلافهما في القيمة، ولا يؤخذ الناقص بالكامل ؛ لأن القصاص سقط في هذا الموضع لاختلاف أحكامها . لا من جهة النقص فصار كاليسرى لا تؤخذ باليمنى . انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٧٣/١) .

(٣) في ب وج (بالتساوي) وهو تحريف .

(٤) في ج (بالحزر) . وهو تحريف .

(٥) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٦) في ج (الحزر) وهو تحريف .

(٧) في ج (بالحذر) وهو تحريف .

(٨) قال الإمام الشيرازي : الظاهر من المقوم الإصابة، ولهذا يقطع السارق بتقويمه . انظر : النكت ورقة ب ٢٥٣

٢٦٣٩٩ - قلنا : نحن لا نمنع أن كلية الأحكام [١] الشرعية تثبت [٢] بالظن كما تثبت [٣] بالقطع ، وإنما نمنع [٤] أن يرجع إلى القطع فيما أخذ علينا به المماثلة .

٢٦٤٠٠ - فلا يلزم على هذا جميع ما ذكروه [٥] . على أن السارق نقطعه إذا اتفق المقومون في قيمة ما سرق ، وقد يتفق الناس على قيمة عين في الغالب ولا يكادون يتفقون على تساوي قيمة عبدين غالبًا فكذلك [٦] أمر يد الرجل والمرأة .

٢٦٤٠١ - فلأنهما اختلفا في الأرش فلا يستوفي الأكمل بالأنقص ، كاليد الصحيحة بالشلاء [٧] .

٢٦٤٠٢ - ولأن يد الرجل والمرأة (تختلف شأنهما في موضوع الآلية) [٨] فلا يستوفى الأكمل بالأنقص كاليمين والشمال ، يبين ذلك أن يد الرجل تصلح للضرب بالسيف والطعن بالرمح والصنائع ، وهذا لا يوجد في النساء غالبًا ، ومن يوجد في البادية خلاف ذلك ولا يفيد ، كما أن اليسار قد يعمل بها بعض الناس كما يعمل بيمينه ولا يعتد بذلك ؛ لأنه خلاف الموضوع [٩] .

---

(١) كذا في أ و ج ، وفي ب (أحكام) .

(٢) - ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة . والظاهر سقوطه منها . وقد أثبته نظرا لسياق الكلام .

(٣) في ب و ج (ثبت) . وهو تحريف . (٤) في النسخ الثلاثة (معنى) . ولعله تحريف .

(٥) في ب و ج (ذكره) .

(٦) كذا في ب و ج ، وفي أ (فلذلك) . وهو تحريف .

(٧) هذا القياس دليل الحنفية على عدم جريان القصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس . وقد نوقش هذا القياس بأنه يبطل بالقصاص في النفس ، وأنه قياس مع الفارق . لأن الشلاء قلت منفعتها فلا تساوي الصحيحة . وهاهنا يستويان في المنفعة كما استويا في النفس وإن اختلفا . انظر : النكت للشيرازي ورقة ب٢٥٣ والذخيرة للقرافي (٣٢٤/١٢) والمغني والشرح الكبير (٣٧٩/٩) .

(٨) كذا في أ وهو ساقط من ج ، وفي ب (فلأنهما اختلفا في الأرض) وهو خطأ .

(٩) هذا قياس عدم جريان القصاص بين المرأة والرجل فيما دون النفس على عدم جريان القصاص بين اليمين واليسار . وقد نوقش هذا القياس بأنه قياس مع الفارق . رد الإمام الماوردي على هذا القياس بقوله : وما ذكره من اختصاص أطراف الرجل بالمنافع فيفسد من ثلاثة أوجه : أحدها : ما اتفقوا عليه من أخذ يد الكاتب والصانع والمحارب بيد من ليس بكاتب ولا صانع ولا محارب . والثاني : أن في يد المرأة منافع ليست في يد الرجل فتقابلا والثالث : أن أطراف العبيد تماثل في المنافع ولا يجرى فيها قود فبطل هذا الاعتبار . انظر : الحاوي (٢٦/١٢) . وقال ابن قدامة : وأما اليسار واليمين فيجريان مجرى النفس لاختلاف محليهما . ولهذا استوى بدلهما فعلم أنه ليست ناقصة عنها شرعا ولا العلة فيهما ذلك . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٧٣/٩) .

٢٦٤٠٣ - احتجوا : بقوله تعالى ﴿ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ [١]

٢٦٤٠٤ - قلنا : هذا يتناول الأحرار بدليل قوله تعالى : ﴿ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ ﴾ [٢] والعبد لا يتصدق .

٢٦٤٠٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ ﴾ [٣]

٢٦٤٠٦ - قلنا : هذا يقتضي ما أتلف الإنسان (في) [٤] نفسه ، وإن لك أن تُعاقِب بما أُصِبتَ به في نفسه (إلا الحر) [٥] ، فأما العبد فلا يملك ذلك ، فإن احتجوا بذلك في الرجل والمرأة كان مخصوصًا بما ذكرنا [٦] .

٢٦٤٠٧ - قالوا : كل شخصين جرى بينهما القصاص في النفس ، جرى بينهما في

---

(١) جزء من الآية رقم ٤٥ من سورة المائدة وتمامه : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ ووجه الاستدلال بها : عموم الآية . قال ابن العربي : وهذا بين ، لأن الآية بعمومها تقتضي الجملة بالجملة والبعض بالبعض . انظر : أحكام القرآن لابن العربي (٦٤/١) . وقال الإمام الشافعي : لأن الله تعالى ذكرها - أي النفس والأطراف - ذكرا واحدا فلم يفرق بينهما في هذا الموضع الذي حكم به . فقال جل شأنه : ﴿ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ إلى ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ فلم يوجب في النفس شيئا إلا أوجب فيما سمى مثله . انظر : الأم (٣٥١/٧) والحاوي للماوردي (٢٦/١٢) والمغني والشرح الكبير (٣٥١/٩) . وأجيب عن الاستدلال بالآية الكريمة : بأن الآية المذكورة في القصاص ، والقصاص ينبئ عن المماثلة ، فالمراد بما في الآية المذكورة ما يمكن فيه المماثلة لا غير كما صرح به صاحب الكشاف في تفسير تلك الآية حيث قال : ومعناه ما يمكن فيه القصاص وتعرف المساواة . ويدل على ذلك أن العين لا قصاص فيها إذا قلعها بالإجماع لعدم إمكان المماثلة في القلع . انظر : نتائج الأفكار تكملة فتح القدير (٢٣٧/١٠) . واستدل المالكية أيضًا بعموم قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ ﴾ سورة البقرة الآية رقم ١٧٨ . انظر : بداية المجتهد (٤٠٦/٢) ، ويناقش استدلال المالكية بعموم هذه الآية بأن الآية مقصورة الحكم على ذكر القتلى وليس فيها ذكر لما دون النفس من الجراح ، فتكون الاستدلال في غير محله . انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٦٧/١) .

(٢) جزء من الآية الكريمة السابقة .

(٣) جزء من الآية رقم ١٢٦ من سورة النحل ، وتمامها : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّٰبِرِينَ ﴾ .

(٤) في أ (لما) وهو تحريف ، وما أثبته من ب و ج .

(٥) كذا في النسخ الثلاثة . ويحتمل أن يكون (إلا) زيادة من النساخ .

(٦) أي مخصوص بما ذكرناه من أن أطراف الرجل والمرأة تنعدم فيها المماثلة فلا يجوز فيها القصاص كما لا تؤخذ الصحيحة بالشلاء واليمين باليسار .

الأطراف السليمة أصله الأحرار [١] .

٢٦٤٠٨ - قلنا : النفس لا يعتبر فيها التساوي في الأرش ، ولهذا أُجري بينهما القصاص في النفس ولم يُجْرَ بينهما فيما دونها ، فأما الحر والحر [٢] فتساويا في [٣] حقن الدم وفي أرش الأطراف ، فجرى القصاص بينهما [٤] في الأمرين ، والحر [٥] والعبد تساويا في حقن الدم ، فجرى القصاص بينهما [٦] في النفس ، وإن [٧] اختلفا في أرش الأطراف فلم يجر بينهما قصاص فيها [٨] .

---

(١) كذا في ب و ج . وفي أ (الحر) . قال الإمام الماوردي : وهذا صحيح كل شخصين جرى بينهما القصاص في النفس جرى القصاص بينهما في الأطراف والجراح ، سواء اتفقا في الدية كالحرين المسلمين أو اختلفا في الدية كالرجل والمرأة والعبيد إذا تفاضلت فيهم . انظر : الحاوي للماوردي (٢٦/١٢) والأم (٥٥/٦) وبداية المجتهد (٤٠٦/٢) والمغني والشرح الكبير (٣٥١/٩) .

(٢) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة . ولعله ساقط منها . وقد أثبته نظرا لسياق الكلام .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

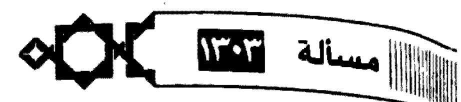
(٤) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٥) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٦) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة . ولعله ساقط منها . وقد أثبته ليستقيم الكلام .

(٧) - ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٨) - أجيب عن دليل الشافعية بأنه قياس مع الفارق إذ لا اعتبار بالمساواة في الأنفس ، وإنما يعتبر ذلك فيما دونها . والدليل على ذلك أن عشرة لو قتلوا واحدا قتلوا به ولم تعتبر المساواة ، وكذلك لو أن رجلا صحيح الجسم سليم الأعضاء قتل رجلا فلوجا مريضا مدنفا مقطوع الأعضاء قتل به ، وكذلك الرجل يقتل بالمرأة مع نقصان عقلها ودينها وديتها ناقصة عن دية الرجل ، فثبت بذلك أن لا اعتبار بالمساواة في إيجاب القصاص في الأنفس ، وأن الكامل يقاد منه للناقص ، وليس ذلك حكم ما دون النفس ، لأنهم لا يختلفون في أنه لا تؤخذ الصحيحة بالشلاء وتؤخذ النفس الصحيحة بالسقيمة . انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٦٩/١) . الترجيح : وبعد فإنني أرى - والله تعالى أعلم - أن قول الحنفية بأنه لا قصاص بين العبيد بعضهم من بعض فيما دون النفس هو الأرجح لقوة ما استدلوا به وهو حديث رسول الله ﷺ وهو نص في الموضوع . وتأويل المخالفين للحديث بأن المراد منه الغلام الحر تأويل بعيد وهو يخالف ظاهر نص الحديث . وأيضًا قول الحنفية بأن القصاص لا يجرى بين الحر والعبد فيما دون النفس هو الأرجح لعدم التساوي بين طرف الحر والعبد . فيقاس على اليسار واليمين . وأما بالنسبة للقصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس فالراجح فيها هو قول القائلين بوجوب القصاص بينهما فيما دون النفس ؛ وذلك لعموم النصوص الواردة في القصاص فيما دون النفس والتي لم تفرق بين الرجل والمرأة . ولا يوجد مخصص لهذه النصوص . يضاف إلى ذلك أن الضرر الذي يلحق بالمرأة من فقد عضو من أعضائها كفقد عين مثلا يكون كالضرر الذي يلحق بالرجل بل أشد منه ؛ لأن المرأة تفقد جمالها مع فقد العضو . وذهاب الجمال أشد ضررًا للمرأة بالنسبة للرجل . كما أن المقصود من القصاص هو صيانة الدماء . فلو لم يجر القصاص بينهما لأدى ذلك إلى عدم شفاء الصدور ، وبالتالي إلى سفك الدماء . والله تعالى أعلم .



مسألة ١٣٠٣

قطع يدين بيد واحد

٢٦٤٠٩ - قال أصحابنا رحمهم الله : إذا قطع اثنان يد واحد لم يجب القصاص على واحد منهما [١] .

٢٦٤١٠ - وقال الشافعي رحمه الله : إذا لم يتميز فعل [٢] أحدهما من فعل الآخر وجب القصاص عليهما [٣] .

٢٦٤١١ - لنا : أن الطرف يتبعض في الإتلاف ، فإذا اشترك الجماعة في إتلافه ضمن كل واحد منهما [٤] جميعه لحق الآدمي ، وأصله إتلاف الأموال . لا يلزم إذا

---

(١) قالت الحنفية : لو قطع جماعة يد واحد لا تقطع أيديهم بها ، ولكن يجب عليهم دية اليد . انظر : مختصر الطحاوي ٢٣١ وتحفة الفقهاء (١٤٥/٣) .

(٢) ما بين المعكوفين ليست في النسخ الثلاثة . وقد أثبتناه نظرا لسياق الكلام .

(٣) قال الإمام الشافعي : إذا قطع اثنان يد رجل معًا قطعت أيديهما معا ، وكذلك أكثر من الاثنين ، وإنما تقطع أيديهما معا إذا حملا شيئًا فضرباه معا ضربة واحدة أو حزاه معا حزًّا واحدًا ، فأما إن قطع هذا من أعلاها إلى نصفها وهذا يده من أسفلها حتى أبانها فلا تقطع أيديهما ، ويحز من هذا بقدر ما حز من يده ومن هذا بقدر ما حز من يده إن كان هذا يستطاع . انظر : الأم (٢٤/٦) والمهذب للشيرازي (١٧٨/٢) والإشراف على مذاهب أهل العلم (١٠٤/٢) . وعند المالكية : يقطع الأيدي باليد إن تمالئوا على قطعه سواء تميزت أفعالهم أو لم تتميز . جاء في الشرح الصغير ما نصه : فإن تمالئوا اقتص من كل بقدر الجميع تميزت أم لا قياسا على قتل النفس من أن الجميع عند التمالؤ يقتلون بالواحد . الشرح الصغير (٣٦/٦) وانظر أيضًا الذخيرة للقرافي (٣٢١/١٢) ومنح الجليل على مختصر خليل (٣٦٤/٤) . وعند الحنابلة : إن اشترك جماعة في قطع طرف أو جرح ، وتساوت أفعالهم مثل أن يضعوا الحديدة على يده ، ويتحاملوا عليها جميعا حتى تبين ، فعلى جميعهم القصاص في إحدى الروايتين وهو المذهب . وفي رواية لا يجب القصاص ، وهذه الرواية تتفق مع رأي الحنفية فيما إذا استوت أفعالهم ، فأما إن تفرقت أفعالهم أو قطع كل إنسان من جانب ، فلا قصاص رواية واحدة . انظر : المبدع (٢٢٣/٨) والإنصاف (٢٩/١٠) والمغني والشرح الكبير (٣٧٠/٩) وبالنظر لأقوال المذاهب الأربعة السابقة نرى أن الفقهاء اختلفوا في هذه المسألة على ثلاثة أقوال : القول الأول : أنه لو قطع جماعة يد واحد لا تقطع أيديهم بها . ولكن يجب عليهم دية اليد . وهو قول الحنفية . ورواية عن الإمام أحمد رحمه الله . وبه قال الحسن البصري والزهري وسفيان الثوري . والقول الثاني : يجب قطع الأيدي إذا لم يتميز أفعالهم . أما إن تميزت فيقتص من كل بقدر فعله إن أمكن . وهو قول الإمام الشافعي رحمه الله وهو المذهب عند الحنابلة . والقول الثالث : يقطع الأيدي باليد سواء تميز فعل كل واحد منهم أم لا . وهو قول المالكية .

(٤) ما بين القوسين زيادة من ب و ج .

اشترك محرمان في قطع طرف صيد ، لأن الضمان هنا لحق الله تعالى .

٢٦٤١٢ - ولأن أرش اليدين [١] تخالف الأرش الواحدة فلم يجز استيفاؤه كاليد الصحيحة بالناقصة [٢] .

٢٦٤١٣ - ولأن اليد ذات أجزاء ، فكل واحد أتلف جزءًا منها ، فلم يجز أن تستوفى جميع يده ، كما لو تميز [٣] فعلهما .

٢٦٤١٤ - وليس كذلك إذا قتلا ، لأن خروج النفس ليس بمتجزئ ، فكل واحد منهما فعل فعلا يجوز أن يكون خروج الروح اتفق عنده .

٢٦٤١٥ - ولأنهما اشتركا في إتلاف اليد فلم يجب على كل واحد منهما قصاص ، كما لو قطع كل واحد من جانب حتى التقى القطعان .

٢٦٤١٦ - ولأن الجماعة لو وجب عليهم القصاص بطرف واحد استوى أن يتميز فعلهما أو لا يتميز ، كالمشترك في إتلاف النفس [٤] .

٢٦٤١٧ - ألا ترى أن أحدهم لو قطع جانب العنق ، والآخر من الجانب الآخر حتى التقى القطعان وجب القصاص ، فلما لم يجب في اليد مثل هذا الفعل دل على أن القصاص لا يجب وإن قطعوا بضربة واحدة .

٢٦٤١٨ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ [٥] .

٢٦٤١٩ - قلنا : القصاص المماثلة ، واليدان لا تماثلهما [٦] يد واحدة .

٢٦٤٢٠ - قالوا : قال النبي ﷺ : « العمد (قود) [٧] » [٨] .

٢٦٤٢١ - قلنا : هذا يقتضي أن يُقطع من يد القاطع مثل ما قطع ، وهذا ليس بقول لكم .

---

(١) في النسخ الثلاثة (اليد) . والصحيح ما أثبت .

(٢) ناقشها الشيرازي فقال : لأن الناقصة لا تتساوى الكاملة بخلاف المقطوع يساوى القاطع ، أو كل واحد منهم كالقاطع لليد . انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٤ . (٣) و في أ (لو لم تميز .

(٤) وحاصل هذا الدليل قياس حالة عدم التميز على حالة التميز بجامع عدم الاختصاص في كل .

(٥) الآية رقم ٤٥ من سورة المائدة وتمامها : وفي الاستدلال بالآية الكريمة قال الإمام الشافعي رحمه الله : لأن الله تبارك وتعالى ذكر القصاص في النفس والجروح ذكرًا واحدًا فلم يفرق بينهما في هذا الموضع الذي حكم بها فيه ، فقال جل ثناؤه : ﴿ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ - إلى قوله - وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ فلم يوجب في النفس شيئًا من القود إلا أوجب فيما سمى مثله . اهـ الأم (٣٥١/٧) . (٦) في ب و ج (تماثلها) .

(٧) في ب و ج (قتل) . (٨) سبق تخريجه .

٢٦٤٢٢ - قالوا : روى أن رجلين شهدا عند علي بن أبي طالب [١] ﷺ بالسرقة ، فأمر بقطعه . ثم عادا ومعهما رجل آخر فقالا : هذا الذي سرق ، وإنما شبّهناه ، فقال علي ﷺ : « لو علمت أنكما تعودتما لقطعتكما » [٢] .

٢٦٤٢٣ - قلنا : هذا على وجه التعزير [٣] بدلالة أنه لم يوقف القطع على مطالبة الخصم ، والذي يتعلق باختيار الإمام هو التعزير [٤] ، وقد اختلف قول الصحابة في التعزير ، فرأى بعضهم أن يبلغ به الحد ، [٥] وضرب عبدالله بن مسعود [٦] ﷺ التعزير [٧] .

٢٦٤٢٤ - قالوا : كل قصاص وجب للواحد (على الواحد) [٨] جاز [٩] أن يجب

---

(١) سبقت ترجمته .

(٢) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه ، كتاب الديات ، باب إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب أو يقتص منهم كلهم . عن مطرف عن الشعبي : في رجلين شهدا على رجل أنه سرق فقطعه علي ﷺ ، ثم جاءا بآخر وقالا : أخطأنا فأبطل شهادتهما وأخذ بدية الأول وقال : لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما . صحيح البخاري (٢٥٢٧/٦) وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٤١/٨) (٢٥١/١٠) وعبد الرزاق في المصنف (٨٩/١٠) . وقد استدل به الشافعية والحنابلة فقالوا : إن الإمام علي ﷺ أخبر أن القصاص على كل واحد منهما لو تعمدا قطع يد واحدة فدل على جواز قطع اليدين باليد الواحدة . انظر : النكت للشيرازي مخطوط الورقة أ ٢٥٤ والحاوي للماوردي (٣٢/١٢) والمغني والشرح الكبير (٣٧٢/٩) والمبدع (٣٢٣/٨) . ونوقش هذا الدليل بأنه لا حجة لهم فيه ، لأنه إنما قال ذلك على سبيل السياسة . بدليل أنه أضاف القطع إلى نفسه وهذا لا يكون إلا بطريق السياسة . انظر : البدائع (٢٩٩/٧) .

(٣) في ب و ج (الغرور) . والتعزير : الضرب على وجه التأديب ، من العزر وهو الرد ، من حد ضرب ، فهو ضرب يرده عن الجناية . قال تعالى : ﴿ وَتُعَزِّرُوهُ ﴾ سورة الفتح الآية رقم ٩ أي تنصروه برد الأعداء عنه . انظر : طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية ص ١٣٣ .

(٤) يجوز في التعزير العفو عنه وتسوغ الشفاعة فيه ، فإن تفرد التعزير بحق السلطنة ولم يتعلق به حق لآدمي جاز لولي الأمر أي يراعي الأصلح في العفو أو التعزير ، وجاز أن يشفع فيه من سأل العفو عن الذنب ، فإن تعلق بالتعزير حق لآدمي وحق السلطنة فلا يجوز لوالي الأمر أن يسقط بعفوه حق المجني عليه . انظر : الأحكام السلطانية للإمام أبي الحسن الماوردي ص ٢٣٧ .

(٥) انظر : المحلى (٤٨٤/١٣) والإشراف على مذاهب أهل العلم (٣٠/٢) وفتح الباري (١٧٦/١٢) .

(٦) سبق ترجمته .

(٧) يحتمل أن يكون سقط من العبارة بعض الكلمات . روى أن عبدالله بن مسعود ﷺ أتي برجل وجد مع امرأة في لحاف ، فضربهما لكل واحد منهما أربعين سوطًا ، فذهب أهل المرأة وأهل الرجل فشكوا ذلك إلى عمر بن الخطاب ﷺ ، فقال عمر لابن مسعود : ما يقول هؤلاء ، قال قد فعلت . انظر : مصنف عبد الرزاق (٤٠١/٧) والمحلى لابن حزم (٤٨٤/١٣) .

(٨) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٩) ما بين القوسين ساقط من ج .

على الجماعة للواحد كالقصاص في الأنفس [١] .

٢٦٤٢٥ - قلنا : الأنفس لا تتبعض في الإتلاف [٢] ، وكل واحد من المشتركين كالمستوفى بجميعها ، وليس كذلك الطرف لأنه يتبعض في الإتلاف [٣] ، فالواحد من المشتركين مستوفى لبعض المتلف لم يجز أن يقتص [٤] منه [٥] ، بيان الفرق بينهما : أن أحد المشتركين لو قطع من جانب العنق [٦] وقطع الآخر من الجانب الآخر وجب القصاص ، ولو قطع أحد الشريكين [٧] من جانب الزنْد والآخر [٨] من الجهة الأخرى لم يقطع .

٢٦٤٢٦ - قالوا : النفس أعظم حرمة من اليد ، فإذا جاز أن يقتل الجماعة بالواحد فلأن يجوز أن يقطعوا بيده أولى [٩] .

٢٦٤٢٧ - قلنا : لما عظمت حرمة النفس جاز أن يقتل الجماعة بالواحد ، فلا يجوز أن يقطعوا بيده أولى .

٢٦٤٢٨ - قالوا : إن الذي (وجب لأجله) [١٠] القصاص على الجماعة أنهم لو [١١] لم يُقْتَلوا المعنى (هدرت الدماء) [١٢] ، لأن كل واحد قاتل يشرك غيره فيسقط عنه ، وهذا المعنى موجود في الأطراف [١٣] .

---

(١) قال الإمام الشيرازي : ولأنه أحد نوعى القصاص فجاز أن يجب على الجماعة بالجناية على الواحد ، كالقصاص في النفس . انظر إلى : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٤ وبداية المجتهد (٤٠٥/٢) والمغني والشرح الكبير (٣٧٢/٩) .

(٢) في النسخ الثلاثة (الاختلاف) .

(٣) في النسخ الثلاثة (التلاف) .

(٤) في أ (ينقص) . وما أثبته من ب و ج .

(٥) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٦) كذا في ب و ج ، ساقط من أ .

(٧) في ب و ج (المشتركين) .

(٨) - كذا في أ و ج ، وفي ب (الأخرى) .

(٩) - قال الإمام الشيرازي : ولأن النفس أعظم حرمة ، ثم يقتل الجماعة بالواحد فلأن يقطع أولى . انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٤ والأم للشافعي (٣٥١/٧) والحاوي للماوردي (٣٢/١٢) .

(١٠) في ب و ج (لأجله وجب) .

(١١) ما بين المعكوفين ليست في النسخ الثلاثة . وقد أثبتناه ليستقيم الكلام .

(١٢) في ب و ج (حدرت الدما لكل واحد) . وهو تحريف .

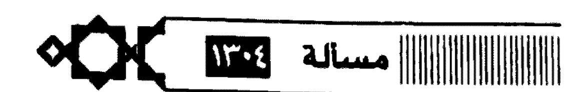
(١٣) أجيب عن هذا بأنه قياس مع الفارق . لأن القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث ، والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره إلى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث . انظر : الهداية (١٦٩/٤) . وقال ابن قدامة : لأن الاشتراك الموجب للقصاص في النفس يقع كثيرًا فوجب القصاص زجرا عنه كيلا يتخذ وسيلة إلى كثرة القتل . والاشتراك المختلف فيه لا يقع إلا في غاية الندرة ، فلا حاجة إلى الزجر عنه . ولأن إيجاب القصاص على المشتركين في النفس يحصل به الزجر عن كل اشتراك أو عن الاشتراك المعتاد . وإيجابه

٢٦٤٢٩ - قلنا : يبطل إذا تميز فعل القاطعين (١) .

* * *

= على المشتركين في الطرف لا يحصل به الزجر عن الاشتراك المعتاد . ولا عن شيء من الاشتراك إلا على صورة نادرة الوقوع بعيدة الوجود يحتاج في وجودها إلى تكلف ، فإيجاب القصاص للزجر عنها يكون منعًا لشيء ممتنع بنفسه لصعوبته وإطلاقًا في القطع السهل المعتاد بنفي القصاص عن فاعله . وهذا لا فائدة فيه . بخلاف الاشتراك في النفس . يحققه أن وجوب القصاص على الجماعة بواحد في النفس والطرف على خلاف الأصل لكونه يأخذ في الاستيفاء زيادة على ما فوت عليه ويخل بالتماثل المنصوص على النهي عما عداه . وإنما خولف هذا الأصل في الأنفس زجرًا عن الاشتراك الذي يقع القتل به غالبًا ، ففيما عداه يجب البقاء على أصل التحريم ، ولأن النفس أشرف من الطرف ، ولا يلزم من المحافظة عليها بأخذ الجماعة بالواحد المحافظة على ما دونها بذلك . انظر : المغني والشرح الكبير (٩/٣٧١/٣٧٢) .

(١) جواب الإمام القدوري رحمه الله هذا يتجه إلى الشافعية ومن معهم القائلين بالتفرقة بين حالة التميز لفعل كل واحد من المشتركين وبين عدم التميز . أما المالكية القائلون بالاقتصاص من الأيدي باليد الواحد دون تفريق بين حالة تميز فعل كل واحد من المشتركين وبين عدم التميز فلا يلزمهم ما أجاب به الإمام القدورى . ويمكن أن يقال لهم كما سبق : أن الاشتراك في القطع يحدث نادرًا ، فلا يؤدي عدم الاقتصاص فيه إلى إهدار الدماء بخلاف النفس فإنه يقع غالبًا . ولأن النفس أشرف من الطرف ، ولا يلزم من المحافظة عليها بأخذ الجماعة بالواحد المحافظة على ما دونها بذلك . انظر : المغني والشرح الكبير (٩/٣٧٢) .



القتل شبه العمد

٢٦٤٣٠ - قال أبو حنيفة [ﷺ] [(١)] : شبه العمد (القتل) [(٢)] بما ليس بسلاح ولا يجري مجراه في تفريق الأجزاء .

٢٦٤٣١ - وقالا : هو أن يتعمد الضرب بما لا يقتل غالبًا . فأما إذا اعتمد الضرب بما يقتل في الغالب فهو عمد .

٢٦٤٣٢ - (وبه قال) [(٣)] الشافعي [(٤)] رحمه الله .

---

(١) زيادة من ب وج .

(٢) في ب وج (والقتل) .

(٣) في ب و ج (وقال به) .

(٤) اتفق الفقهاء على أن القتل يكون عمدًا وخطأ . واختلفوا في شبه العمد . فقال به الحنفية والشافعية والحنابلة . فأنواع القتل عند الحنفية خمسة أنواع : عمد وشبه عمد وخطأ ، وما جرى مجرى الخطأ ، والقتل بسبب . انظر : البدائع (٢٣٣/٧) . وعند الشافعية والحنابلة ثلاثة أنواع : عمد وشبه عمد وخطأ . انظر : مغنى المحتاج (٣/٤) والمغني والشرح الكبير (٣٢٠/٩) . أما الإمام مالك فالقتل عنده نوعان فقط . عمد وخطأ . فليس عنده شبه عمد . إلا في الآباء مع أبنائهم . قال سحنون : قلت لابن القاسم ، هل كان مالك يعرف شبه العمد في الجراحات أو قتل النفس ، قال : قال مالك : شبه العمد باطل ، وإنما هو عمد أو خطأ . ولا أعرف شبه العمد . ولم يره مالك إلا في الآباء مع أبنائهم . انظر : المدونة (١٠٦/١٦) والذخيرة (٢٨٠/١٢) وبداية المجتهد (٣٩٨/٢) . ورُدّ على الإمام مالك بأن شبه العمد ورد الشرع به على ما رواه النعمان بن بشير ﷺ أن النبي ﷺ قال : « ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا فيه مائة من الإبل أربعون منها خلفة في بطونها أولادها » والصحابة اتفقوا على شبه العمد ، حيث أوجبوا فيه دية مغلظة مع اختلافهم في صفة التغليظ وقال علي كرم الله وجهه : « شبه العمد الضربة بالعصا والقذفة بالحجر العظيم » انظر : المبسوط للسرخسي (٦٥/٢٦) والمغني والشرح الكبير (٣٢٠/٩) . وإليك أقوال المذاهب في تعريف شبه العمد : شبه العمد عند أبي حنيفة رحمه الله : أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجري مجرى السلاح أي بما لا يفرق الأجزاء ، ولو بحجر أو خشب كبيرين . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا ضربه بحجر عظيم أو خشبة عظيمة فهو عمد . وشبه العمد عندهما : هو أن يتعمد الضرب بما لا يقتل غالبًا . والفتوى عند الحنفية على ما قال الإمام . ولو قتله بحديد غير محدد كالعمود ونحوها فيه روايتان عن الإمام أبي حنيفة . في ظاهر الرواية هو عمد . وفي رواية الإمام الطحاوي ليس بعمد . لأنه لا يفرق الجزاء . انظر : تحفة الفقهاء (١٤٩/٣) واللباب (١٤٢/٤) والدر المختار مع رد المحتار (٣٤١/٥) والاختيار (٢٣/٥) . أما المالكية فلم يفرقوا بين المثقل الصغير والمثقل الكبير . فما دام القتل عدوانًا لا على وجه اللعب والتأديب فإنه يكون عمدًا فيها القود . جاء في الشرح الصغير (٢٠/٦) ما نصه : وإن تعمد الجاني ضربًا لم يجز وإن بقضيب أو عصا أو سوط أو نحوهما مما لا يقتل به

٢٦٤٣٣ - لنا : ما روي أن النبي ﷺ خطب يوم فتح مكة ، فقال في خطبته : « ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا فيه مائة من الإبل » [١] وذكر الطحاوى [٢] : « ألا إن قتيل خطأ العمد بالسوط والعصا فيه مائة من الإبل » [٣] فوجه الدلالة : أنه

غالبًا أو مثقل فيها القود . اهـ . فكل قتل شبه العمد عند الجمهور بجعله الإمام مالك ضمن قتل العمد . لأن الجناية الموجبة للقصاص عنده شرطها العمد العدوان . فكل قتل وجد فيه الفعل عدوانًا فهو عمد إلا في حالة قتل الأب ابنه فهو عند المالكية شبه عمد . وعند الشافعية ، قال الخطيب الشربيني : وإن قصد الفعل والشخص بما لا يقتل غالبًا فشبه عمد . ومنه الضرب بسوط أو عصا . لكن بشروط : أن يكونا خفيفين . وأن لا يوالى الضربات . وأن لا يكون الضرب في مقتل . أو المضروب صغيرًا أو ضعيفًا . وأن لا يكون حر أو برد معين على الهلاك . وأن لا يشتد الألم ويبقى إلى الموت . ومثل العصا المذكور : الحجر الخفيف ، وكف مقبوضة الأصابع لمن يحمل الضرب واحتمل موته به . انظر : مغنى المحتاج (٤/٤) . وقال الشيخ البهوتي من الحنابلة : وشبه العمد ويسمى خطأ العمد وعمد الخطأ لاجتماعهما فيه : أن يقصد الجناية إما لقصد العدوان عليه أو قصد التأديب له ، فيسرف فيه بما لا يقتل غالبًا . ولم يجرحه بها ، فيقتل قصد قتله بها أو لم يقصده . سمي بذلك لأنه قصد الفعل وأخطأ في القتل . نحو أن يضربه بسوط أو عصا أو حجر . أو يلكزه بيده ، أو يلقيه في ماء قليل ، أو يسحره بما لا يقتل غالبًا . فهذا كله لا قود فيه . انظر : كشاف القناع (٢٨٦٤/٨) . ومما سبق عرضه من أقوال المذاهب نرى أن الفقهاء قد اختلفوا في القتل شبه العمد . فأنكره الإمام مالك إلا في قتل الأب لابنه . وقال به الجمهور . إلا أن القائلين به اختلفوا في تحديد معنى القتل شبه العمد على قولين : **القول الأول** : فذهب الإمام أبو حنيفة رحمه الله إلى أن شبه العمد أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح أو ما في حكمه مما يفرق الأجزاء كالمثقل من الحجر والخشب ونحوهما . **القول الثاني** : وذهب الصاحبان ومعهم الشافعية والحنابلة إلى أن شبه العمد أن يتعمد الجاني الضرب بما لا يقتل غالبًا كالعصا الصغير والحجر الصغير . فعلى هذا يمكن القول إن الضرب بالمثقل الصغير مثل العصا والحجر الصغير لا خلاف بين القائلين بشبه العمد أنه قتل شبه عمد . أما محل الخلاف بينهم فهو في القتل بالمثقل الكبير . فالإمام أبي حنيفة يرى أنه شبه عمد . بينما يرى الصاحبان ومن معهم أنه عمد .

(١) أخرجه الإمام أبو داود في كتاب الديات باب : في الخطأ شبه العمد . سنن أبي داود (١٨٥/٤) برقم ٤٥٤٧ . والنسائي في كتاب القسامة باب : كم دية شبه العمد ، سنن النسائي (٤٠/٨) برقم ٤٧٩١ وابن ماجه في كتاب الديات باب : دية شبه العمد مغلظة . سنن ابن ماجه (٨٧٧/٢) برقم ٢٦٢٧ . وكذلك أخرجه الدارقطني في سننه (١٠٤/٣) .

(٢) أحمد بن محمد بن سلامة ، أبو جعفر الطحاوي الأزدي . كان إمامًا برع في الفقه والحديث وصنف التصانيف الكثيرة . انتهت إليه رياسة الحنفية بمصر . كان شافعي المذهب يقرأ على المزني ، ثم انتقل من عنده وتفقه على مذهب أبي حنيفة وصار إمامًا . ومن تصانيفه : أحكام القرآن ، وشرح معاني الآثار ، والمختصر ، ومشكل الآثار وغيرها . ولد سنة ٢٢٩هـ . وتوفي سنة ٣٢١ هـ . (انظر : طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٤٢ والفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ٣١)

(٣) أخرجه الإمام الطحاوي في كتاب الديات باب شبه العمد الذي لا قود فيه ما هو ، شرح معاني الآثار للطحاوى (١٨٦/١٨٥/٣) .

(جعل) [١] قتيل العصا خطأ العمد ، ولم يفصل بين العصا الكبير .

٢٦٤٣٤ - فإن قيل : المراد به (الصغير) [٢] ، فلهذا قرنه بالسوط [٣] .

٢٦٤٣٥ - قلنا : لو أراد الصغير لاقتصر على السوط . فلما ذكر السوط الذي لا يقتل في الغالب ثم ذكر العصا الذي يختلف دل على أنه أراد العصا الكبير ، حتى يكون (الجمع) [٤] بينها وبين السوط معنى . بيان ذلك : أنه جعل [القتل] [٥] بهذه الآلة عمد الخطأ ، ولم يفصل بين أن [يكرر] [٦] بها الضرب أو لا [يكرر] [٧] ، (فدل) [٨] أن من كرر الضرب بالسوط حتى قتل فهو عمد .

٢٦٤٣٦ - فإن قيل : معنى خطأ العمد أن يكون اعتمد الضرب (وأخطأ) [٩] في الآلة . وهذا لا يكون إلا في الآلة التي لا تقتل في الغالب ، فأما إذا كانت مما تقتل في الغالب فلم يوجد معنى الخطأ [١٠] .

٢٦٤٣٧ - قلنا : هذا اسم شرعي لا تعرفه أهل اللغة ، وإنما تعرف العرب العمد والخطأ ، فأما اجتماع الأمرين في فعل واحد ما (يقع منه) [١١] . فلا يجوز أن يرجع في تفسيره [إلا] [١٢] إلى قول [صاحب] [١٣] الشرع .

٢٦٤٣٨ - فإن قيل : قوله : ألا إن (قتيل) [١٤] خطأ العمد (قتيل) [١٥] السوط

---

(١) في ب وج (حصل) . (٢) كذ في أ و ج ، وفي ب (العصر) .

(٣) انظر : شرح معاني الآثار (١٨٨/٣) حيث ذكر الطحاوي قول الصاحبين في الحديث فقال : قالوا : قد يجوز أن يكون النبي ﷺ أراد بذلك العصا التي لا تقتل مثلها التي هي كالسوط الذي لا يقتل مثله . وقال الشيرازي من الشافعية : أراد العصا الصغير . ولأنه قرنه بالسوط . انظر : النكت ورقة ب ٢٥٤ . وانظر أيضًا : المغني والشرح الكبير (٣٢٣/٩) . (٤) كذا في النسخ الثلاثة .

(٥) ما بين المعكوفين ليست في النسخ الثلاثة . ولعله ساقط منها ، وقد أضيف ليستقيم الكلام .

(٦) في النسخ الثلاثة (يكون) . (٧) في النسخ الثلاثة (يكون) .

(٨) كذا في ج . وفي أ و ب (فد) . (٩) في ج (أو خطأ) .

(١٠) انظر : النكت للشيرازي ورقة ب ٢٥٤ وعبارته : ولأنه جعله عمدًا خطأ . لأنه عمد في الضرب ، خطأ في القتل . ولأنه لا يقتل غالبًا . والكبير لا يوصف بأنه عمد خطأ .

(١١) كذا في النسخ الثلاثة .

(١٢) في أ (و) وفي ب و ج (ولا) ، ولعلها تحريف .

(١٣) في النسخ الثلاثة (واجب) . وما أثبتناه هو الأقرب لسياق الكلام .

(١٤) في ب و ج (قتل) . (١٥) في ب و ج (قتل) .

(يدلان) [١] أن من جملته (القتيل) [٢] بالسوط والعصا (خطأ) [٣] عمد . وليس في اللفظ ما يدل على أن كل قتيل بالسوط فهو عمد خطأ . (ومخالفكم) [٤] لا يمنع أن يكون من جملة القتل بالسوط والعصا عمد الخطأ [٥] .

٢٦٤٣٩ - قلنا : هذا خبر روي « (ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا » بفتح اللام . وهذا بدل ، [٦] والبدل إما أن يكون هو المبدل) [٧] نفسه ، كقولك : رأيت زيدا أبا عبدالله ، أو يكون بعضه ، كقولك : رأيت (زيدا وجهه ، وهذا يفيد أنه مثل الأول أو أخص منه .

٢٦٤٤٠ - ولو صح ما قالوه) [٨] لكان البدل أعم من المبدل .

٢٦٤٤١ - وهذا لا يصح [٩] و [١٠] لأن البدل يفيد الإضراب عن الأول تقول :

---

(١) في النسخ الثلاثة (يدان) . والصواب ما أثبتناه . (٢) في ب و ج (القتل) .

(٣) كذا في ب و ج ، وهو ساقط من أ . (٤) كذا في أ ، وفي ب و ج (ومخالفتكم) .

(٥) حاصل هذا الاعتراض ذكره الماوردي في الحاوي (٣٧/١٢) حيث قال : وقوله : « ألا إن قتيل الخطأ بالسوط والعصا مائة من الإبل » فلا دليل فيه من وجهين : أحدهما : أنه جعل في عمد الخطأ بالسوط والعصا الدية . ولم يجعل السوط والعصا عمدًا خطأً . والثاني : ما قدمناه أن في السوط والعصا عمدًا خطأً . وليس بمانع أن يكون عمدًا محضا . لأنه قد يتنوع ، والسيف لا يتنوع .

(٦) ذكر صاحب البناية عن تاج الشريعة رحمه الله في إعراب حديث الباب قوله : روي قتيل بالنصب على البدل. وخبر إن : فيه مائة من الإبل . وروي بالرفع فيكون خبر المبتدأ . ويكون قوله : فيه مائة كلامًا مستأنفًا. انظر : البناية مع الهداية (١٣/١٠) . وقال السرخسي : فيكون نصبا على التفسير . وبالرفع قتيلُ السوط والعصا . فيكون خبرا للابتداء . وفي كليهما بيان أن قتيل السوط والعصا يكون قتيل خطأ العمد ، وأن الواجب فيه الدية . انظر : المبسوط (١٢٤/٢٦) .

(٧) قوله : ألا إن قتيل - إلى آخر قوله - هو المبدل ساقط من ب و ج .

(٨) قوله : زيدا وجهه - إلى آخر قوله - ما قالوه ساقط من ب و ج .

(٩) تعرض الإمام القدورى رحمه الله هنا إلى أنواع البدل . فالذي وجد في كتب اللغة أن البدل هو التابع المقصود بلا واسطة مثل الخليفة الثاني عمر . وتكون على أربعة أنواع : الأول : بدل كل من كل . وهو البدل المطابق . الثاني : بدل بعض من كل . الثالث : بدل الاشتمال مثل أعجبني زيد خلقه . الرابع : البدل المباين أو بدل الإضراب . وزاد بعضهم نوعًا خامسًا وهو بدل كل من بعض . ونفاه الجمهور . انظر : شرح الأشمونى (١٢٨/١٢٥/٢) . قال صاحب الهمع : والمختار - خلافًا للجمهور إثبات بدل الكل من البعض لوروده في الفصيح . انظر : الهمع (٢١٦/٥) . فعلى هذا يكون ما قاله الإمام القدورى من عدم صحة كون البدل أعم من المبدل إنما هو على رأي الجمهور .

(١٠) ساقط من ب .

رأيت زيدا وجهه . كأنك قلت : وجهه . فيصير تقدير الخبر : إلا إن (قتيل)[1] السوط . قلنا[2] : هذا لم ينقل ولا روي (ولا يصح)[3] . أيضًا إن قوله : « فيه مائة من الإبل » جملة من مبتدأ وخبر (وهي)[4] خبر المبتدأ الأول ،

٢٦٤٤٢ - والراجع منها (الهاء التي في الخبر ، وهو قوله : « فيه » ، ولا يصح أن يكون الرواية « قتيل السوط » ، لأن هذا كأن يكون خبر المبتدأ والراجع منه)[5] غيرهما .

٢٦٤٤٣ - والراجع من الخبر الثاني في قوله : « فيه مائة من الإبل » . ولا يصح أن يكون (للمبتدأ)[6] خبران الراجع من أحدهما ظاهر من الأمر عين الظاهر .

٢٦٤٤٤ - لأن القياس يمنع ذلك . وإنما جاء عن العرب : هذا (حلو حامض)[7] ، والراجع من الخبرين غير ظاهر . فلا يجوز أن يثبت ما يخالف القياس غير ما جاء عنهم .

٢٦٤٤٥ - فإن قيل : قوله : « قتيل السوط » نكرة مضافة إلى معرفة . والنكرة إذا أضيفت إلى معرفة صارت معرفة ، فتتناول قتيلا (واحدا)[8] ولا تقبل الاستغراق .

٢٦٤٤٦ - قلنا : هذا (إذا)[9] أضيف إلى اسم (علم)[10] مثل قولهم : قتيل زيد . فأما إذا لم (يضف)[11] إلى اسم علم ، فإنه لا يصير (معرفة)[12] ويفيد

---

(١) في ب (قتل) .

(٢) قول الإمام القدوري : قلنا ، جواب عن اعتراض المخالف ، ومن المؤكد أن اعتراض المؤلف سقط من النسخ الثلاثة .

(٣) في ب (يصلح) .

(٤) في أ (ما هي) وفي ب و ج (ما في) ولعل ما أثبتناه هو الأقرب للسياق .

(٥) قوله : الهاء التي في الخبر - إلى آخر قوله - والراجع منه ساقط من ب و ج .

(٦) في النسخ الثلاثة (المبتدأ) ، والصواب ما أثبتناه بناء لما ورد في كتب اللغة .

(٧) كذا في ب و . وفي أ و ج (حلو وحامض) . والأصوب ما أثبتناه . لأن مجموع الخبرين فيه بمنزلة خبر واحد . إذ المعنى : أنه جامع للوصفين . وقد اختلف النحويون في جواز تعدد خبر المبتدأ الواحد بغير حرف عطف ، فذهب قوم إلى جواز ذلك نحو : هذا حلو حامض . سواء كان الخبران في معنى خبر واحد أم لا مثل : زيد قائم ضاحك . وذهب بعضهم إلى أنه لا يتعدد الخبر إلا إذا كان الخبران في معنى خبر واحد . فإن لم يكونا كذلك تعين العطف . فإن جاء عن لسان العرب شيء بغير عطف قدر له مبتدأ آخر كقوله تعالى : ﴿ وَهُوَ الْغَفُورُ الْوَدُودُ ۝ ذُو الْعَرْشِ الْمَجِيدُ ﴾ . انظر : همع الهوامع (٥٤/٢) وشرح بن عقيل (١٣٢/١) وقطر الندى لابن هشام ص ١٧٠ .

(٨) كذا في ب . وفي أ و ج (واحد) .

(٩) ساقط من ب و ج .

(١٠) في ب و ج (على) .

(١١) في ب و ج (ينفصل) .

(١٢) كذا في أ ، وفي ب (إلا معرفة) وفي ج (إلى معرفة) .

الاستغراق [١] .

٢٦٤٤٧ - ويدل عليه حديث النعمان بن بشير [٢] [رضي الله عنه] أن النبي ﷺ قال : « كل شيء خطأ إلا السيف وفي كل خطأ أرش » [٣] .

٢٦٤٤٨ - وروي عن النبي ﷺ أنه قال : « (لا قود) [٤] إلا بحديدة » [٥] .

---

(١) والذي وجد في كتب اللغة أن الإضافة على أنواع :
نوع تفيد التعريف إن كان المضاف إليه معرفة كغلام زيد . فغلام قبل الإضافة نكرة . فلما أضيفت إلى المعرفة اكتسب التعريف منها . ونوع يفيد التخصيص إن كان المضاف إليه نكرة . مثل غلام امرأة . ونوع لا يفيد شيئًا من ذلك . وضابطه أن يكون المضاف صفة تشبه المضارع في كونها مرادا بها الحال أو الاستقبال وهي ثلاثة أنواع . أن يكون المضاف اسم فاعل كضارب زيد . أو يكون اسم المفعول كمروع القلب . أو يكون الصفة المشبهة كحسن الوجه . والدليل على أن هذه الإضافة لا تفيد تعريفًا ، وصف النكرة به في نحو قوله تعالى : ﴿ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ ﴾ . انظر : أوضح المسالك ص ٣٧٩ والتصريح على التوضيح (٢٦/٢) .

(٢) هو النعمان بن بشير بن سعد بن ثعلبة الأنصاري الخزرجي ، أبو عبد الله المدني . صاحب رسول الله ﷺ وابن صاحبه . وأمه عمرة بنت رواحة أخت عبدالله بن رواحة . ولد بعد الهجرة . روى عن النبي ﷺ وعن خاله عبدالله بن رواحة وعمر بن الخطاب وعائشة أم المؤمنين . كان أميرا على الكوفة . قتل سنة ٦٤هـ . انظر : طبقات ابن سعد (٥٣/٦) وشذرات الذهب (٧١/١) .

(٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده عن جابر الجعفي عن أبي عازب عن النعمان بن بشير رضي الله عنه . انظر : المسند (٢٧٥/٤) كما أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٤٠/٩) وعبد الرزاق في مصنفه (٢٧٣/٩) والبيهقي في السنن الكبرى (٤٢/٨) . قال البيهقي : والحديث مداره على جابر الجعفي وقيس ابن الربيع . وهما غير محتج بهما . انظر : معرفة السنن والآثار (٥٢/١٢) . وقال الشوكاني : وهذا الحديث يدور على جابر الجعفي وقيس بن الربيع . ولا يحتج بهما . وأيضا هذا الدليل أخص من الدعوى . فإن أبا حنيفة يوجب القصاص بالمحدود ولو كان حجرًا أو خشبًا . ويوجبه أيضًا بالمنجنيق لكونه معروفًا بقتل الناس وبالإلقاء في النار . انظر : نيل الأوطار (٢١/٧) .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٥) روى هذا الحديث من عدة طرق بألفاظ مختلفة . أخرجه الدارقطني عن علي عليه السلام قال : قال رسول الله ﷺ : « لا قود إلا بحديدة . ولا قود في النفس وغيرها إلا بحديدة » وفي إسناده معلى بن هلال . قال الدارقطني : معلى بن هلال متروك . انظر : سنن الدارقطني (٨٨/٣) . وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦٢/٨) عن قيس عن جابر الجعفي عن أبي عازب عن النعمان بن بشير . وقال : جابر الجعفي مطعون فيه . وأخرج ابن ماجه عن مبارك بن فضالة عن الحسن عن أبي بكرة بلفظ : « لا قود إلا بالسيف » انظر : سنن ابن ماجه (٨٨٩/٢) . ولكن قال الإمام البيهقي : مبارك بن فضالة وأبو بكرة كلاهما ضعيف . انظر : معرفة السنن والآثار (٨٠/١٢) . وأخرجه عبد الرزاق (٢٧٣/٩) . قال ابن التركماني في الجوهر النقي المطبوع في ذيل السنن الكبرى للبيهقي (٦٢/٨) : فهذا الحديث قد روي من وجوه كثيرة يشهد بعضها لبعض ، فأقل أحواله أن يكون حسنا . وانظر كذلك نصب الراية (٣٤٢/٤) . وقد نوقش الاستدلال بالحديث من جهة المعنى بأنه =

٢٦٤٤٩ – وروي عن علي (ﷺ) [1] أنه قال في شبه العمد : « (الحد فيه) [2] بالعصا والقذفة بالحجر » [3] وهذا اسم لا تعرفه العرب ، وإنما (يثبت) [4] بالشرع ، فالظاهر أن تفسيره عن صاحب الشريعة .

٢٦٤٥٠ – ولأنه قتيل بما ليس بسلاح ولا يجرى مجرى السلاح في تفريق الأجزاء ، فصار (كالقتيل) [5] بالعصا الصغير [6] .

٢٦٤٥١ – ولا يلزم إذا أحرقه بالنار [7] ، لأنها تفرق (الأجزاء) [8] كالحديد . ألا ترى أن المحدود يفرق التأليف بلطافته ، والنار ألطف من المحدود وهي تفرق الأجزاء . ولا يلزم إذ قتله بحديد مثقل ، لأن الطحاوي [9] روى [عنه] [10] في شروطه [11] : أنه لا

= خارج محل النزاع . لأن المراد منه استيفاء القود وأنه لا يكون إلا بالسيف . . فقد قال الماوردي : ظاهره حال استيفاء القود أنه لا يكون إلا بالسيف . انظر : الحاوي (١٢/٣٧) . وقال القرافي : فمعناه لا يقتص إلا بالسيف . والنزاع في القتل الأول . ولم يتعرض له الحديث . انظر : الذخيرة (١٢/٣٢١) .

(١) زيادة من ب و ج . (٢) كذا في النسخ الثلاثة .

(٣) أخرجه عبد الرزاق بلفظ : « شبه العمد الضربة بالخشبة العظيمة » . انظر : مصنف عبد الرزاق (٩/٢٨٠) . وأخرجه الطحاوي بلفظ : شبه العمد بالعصا والحجر الثقيل ، وليس فيهما قود . انظر : شرح معاني الآثار (٣/١٨٩) . كما أخرجه ابن حزم بلفظ : شبه العمد الضربة بالخشبة أو القذفة بالحجر العظيم . انظر : المحلى (١٢/٧٥) .

(٤) في ب و ج (ثبت) . (٥) كذا في ج . وفي أ و ب (كالقتل) .

(٦) نوقش القياس على القتل بالعصا الصغير بأنه قياس مع الفارق من وجهين :

أولا : إن صغير المثقل لا يقتل غالبًا . بخلاف كبيره فإنه يقتل في الغالب .

ثانيا : إن إسقاط القود في العصا الصغير لا يؤدي إلى إهدار الدماء . لأنه لا يقصد بها القتل . و المثقل الكبير يقصد بها القتل . فيؤدى إسقاط القتل فيه إلى إهدار الدماء . انظر : النكت للشيرازي ورقة ب ٢٥٤ والحاوي للماوردي (١٢/٣٧) .

(٧) و قال ابن قدامة : ولأنه لا يصح ضبطه بالجرح . بدليل ما لو قتله بالنار أو بمثقل الحديد . انظر : المغني والشرح الكبير (٩/٣٢٣) .

(٨) كذا في أ ، وفي ب (للأجز) وفي ج (للأجزاء) . (٩) سبق ترجمته .

(١٠) في النسخ الثلاثة (عنهم) والصواب ما أثبتناه . لأن الإمام الطحاوي روى ذلك عن الإمام دون الصاحبين .

(١١) انظر : كتاب الشروط الصغير للطحاوى (٢/٥٥٤) تحقيق روحى أوزجان . مطبعة العاني بغداد الطبعة الأولى ١٩٧٤ م . ورواية الإمام الطحاوي تقوم على اعتبار الجرح . لأنه يمكن القصور في هذا القتل لوجود فساد الباطن دون فساد الظاهر . وفي الاستيفاء إفساد الباطن والظاهر جميعا فلا تتحقق المماثلة . وعلى ظاهر الرواية يكون القتل بحديد لا حد له قتل عمد يجب فيه القصاص . لأن الحديد آلة معدة للقتل . والقتل بالعمود معتاد . فكان القتل به دليل القصد فيتمحض عمدًا . انظر : البدائع (٧/٢٣٤)

قصاص فيه كالحجر . على الرواية الأخرى : الحديد نفس السلاح (بدلالة قوله)[1] تعالى : ﴿ وَأَنزَلْنَا ٱلْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ ﴾ .

٢٦٤٥٢ - ولأن القتل حصل ، فما لا (يقع)[2] به (الذكاة)[3] فأشبه (السوط)[4] الصغير[5] .

٢٦٤٥٣ - ولا يلزم [النار][6] . لأن الذكاة (بها)[7] عندنا إذا وضع النار على مذبح الحيوان حتى ينشق[8] .

٢٦٤٥٤ - ولأن القصاص [لو][9] (وجب)[10] [بهذه الآلة][11] لم يجز [التأديب بها][12] كالسيف . فلما (جاز)[13] [التأديب][14]بالسوط والعصا دل (على)[15] ن القصاص لا يتعلق به[16] .

٢٦٤٥٥ - ولأن القصاص لو جاز بهذه الآلة استوى صغيرها وكبيرها كالحديد[17] .

٢٦٤٥٦ - ولأنه قتل تتعلق به الكفارة ، فلم يجب به القصاص كالقتل بالسوط .

٢٦٤٥٧ - ولأنه قتل يملك الولي المطالبة بالمال من غير رضي القاتل ، فلا يتعلق به

---

(١) في ب وج (بقوله) .
(٢) كذا في ب و ج ، وفي أ (يقع بما يقع) .
(٣) في ب و ج (السكاة) .
(٤) كذا في أ و ج ، وفي ب (الصوت) .
(٥) وقد نوقش هذا بأنه ينتقض بالقطع في غير الحلقوم لا يقع به الذكاة ويجب به القصاص . والضرب بالعصا الصغير القصد منه التأديب . بخلاف الكبير فإن القصد منه القتل غالبًا . انظر : النكت ورقة ب ٢٥٤ .
(٦) في النسخ الثلاثة (الكبير) . والصواب ما أثبتناه نظرا لسياق الكلام .
(٧) في ب و ج (لها) .
(٨) أي : إذا قرب النار من مذبح الحيوان حتى انقطع الأوداج وسال الدم تحل وإلا فلا . انظر : المبسوط (١٢٣/٢٦) .
(٩) ما بين المعكوفين ليست في النسخ الثلاثة . والظاهر سقوطه منها . وقد أضيفت ليستقيم الكلام . والله أعلم .
(١٠) كذا في ج . وفي أ و ب (وجبت) .
(١١) في النسخ الثلاثة (لهذه الدلالة) ، وما أثبته هو الأقرب للسياق .
(١٢) في النسخ الثلاثة (لتأديتها) . والصواب ما أثبتناه .
(١٣) كذا في ب و ج . وفي أ (جازت) .
(١٤) في النسخ الثلاثة (التأدية) وهو تحريف .
(١٥) ما بين القوسين ساقط من ب .
(١٦) ويمكن أن يجاب عن هذا بأن التأديب شرع بالسوط الصغير والعصا الصغير . ولم يشرع بالمثقل الكبير ، لأنه يقتل غالبًا .
(١٧) نوقش هذا القياس بأن صغير المحدد وكبيره يقتل غالبًا ، فجمع بينهما . وصغير المثقل لا يقتل غالبًا ، ويقتل كبيره في الغالب فافترقا . انظر : النكت للشيرازي ورقة ب ٢٥٤ والحاوي للماوردي (٣٧/١٢) .

القصاص لقلة القتل بالسوط [١] .

٢٦٤٥٨ - ولأنه إذا كرر الضرب مات . ولو خرجت الروح بالضرب الأول لم يجب القصاص ، فإذا كرر الضرب فقد خرجت الروح من فعلين يتعلق القصاص بأحدهما ولا يتعلق بالآخر ، فصار كجراحة الخطأ العمد [٢] .

٢٦٤٥٩ - فإن قيل : المعنى في [السوط] [٣] أن الآلة لا يتعلق به القتل في قاطع الطريق . فلم نسلم ذلك .

٢٦٤٦٠ - فإن قالوا : المعنى في السوط إباحة (التأديب) [٤] وهذا لا يوجد في القتل [٥] .

٢٦٤٦١ - قلنا : عند مخالفنا لا يسقط القصاص ، وإنما يسقط القتل . إن الآلة التي أبيح (بها التأديب) [٦] إذا كرر بها الضرب وجب القصاص [٧] ، فلا معنى للتفريق [بين الآلتين] [٨] .

٢٦٤٦٢ - ولأن القصاص يعتبر فيه (الفعل) [٩] والآلة ، ولهذا لو قتل بالسيف لم يجز أن يقتص بغيره بمكان .

٢٦٤٦٣ - القصاص يجوز أن يسقط بمعنى يعود إلى الفعل ، كذلك يجوز أن يسقط بمعنى يعود إلى الآلة .

٢٦٤٦٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ

---

(١) ويمكن أن يجاب عن هذا بأننا لا نسلم أن القتل بالمثقل لا يتعلق به القصاص . بل يتعلق به القصاص لأنه قتل عمد . ولو أسقطنا القود فيها لقلة القتل بالسوط والعصا التي تقتل غالبًا ، لحاول من يريد القتل أن يقتل الناس بها فينجو من القصاص . وفي هذا إهدار للدماء .

(٢) أوضح الإمام السرخسي بقوله : والمعنى فيه أن القتل حصل بمجموع أفعال لو حصل بكل واحد منها على الانفراد لا يتعلق به القصاص . فكذلك إذا حصل بمجموعها . كما لو جرح رجلًا جراحات خطأ . لأن كل واحد من هذه الأفعال غير موجب للقصاص إذا انفرد ، فبانضمام ما ليس بموجب كيف يكون موجبا ، انظر : المبسوط (١٢٤/٢٦) . وقد نوقش هذا القياس بأن نصاب السرقة وما يسكر من النبيذ لا تجب الحد في أبعاضه . وتجب في جميعه . وجنايات الخطأ لا يقصد بها القتل . وهذا يقصد بها القتل . انظر : النكت للشيرازي ورقة ب ٢٥٤ .

(٣) في النسخ الثلاثة (الشروط) .

(٤) كذا في ب و ج . وفي أ (التأدية) .

(٥) انظر : النكت للشيرازي ورقة ي ٢٥٤ وعبارته : الضرب بالعصا القصد به التأديب .

(٦) كذا في أ ، وفي ب و ج (لتأديب) .

(٧) إذا كرر الضرب بالآلة التي أبيح بها التأديب مثل السوط والعصا الخفيفين فمات فالقتل عمد يجب القصاص عند الشافعية . انظر : مغني المحتاج ٤/٤ .

(٨) في النسخ الثلاثة (ومن الإلباس) .

(٩) في النسخ الثلاثة (الفصل) .

سُلْطَانًا ﴾ (١) وهو عام ، وقوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ﴾ (٢) ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ ﴾ (٣)

٢٦٤٦٥ - قلنا : قد (أجمعوا) (٤) أن المراد بذلك قتل العمد المحض الذي لا [شبهة] (٥) فيه ، وما أجمعوا عليه كالمنطوق به ، ولا نسلم أن هذا القتل عمد محض ، فلا يصح التعلق بالظواهر .

٢٦٤٦٦ - احتجوا : بما روي أن يهوديا (رضخ) (٦) رأس جارية من الأنصار بين حجرين ، فأمر النبي ﷺ أن يرضخ رأسه (٧) .

٢٦٤٦٧ - قلنا : يحتمل أن يكون رضخ رأسها بحجر له حد (٨) ، وهذا يوجب

---

(١) وجه استدلال الصاحبين بالآية الكريمة هو أن المراد بالسلطان استيفاء القود . بدليل أنه عقبه بالنهي عن الإسراف في القتل . فالتقييد بكون الآلة جارحة زيادة على النص . انظر : المبسوط (١٢٢/٢٦) . وقال الآخرون : وهذا قتل مظلومًا ، فوجب أن يكون لوليه القود . انظر : الحاوي (٣٧/١٢) والمغني والشرح الكبير (٣٢٣/٩) .

(٢) سورة البقرة رقم الآية ١٧٨ والاستدلال بالآية الكريمة هو بعمومها أيضًا . جاء في شرح منتهى الإرادات ٢٥٥/٣ ما نصه : فيتناوله عموم قوله : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ﴾ .

(٣) سورة البقرة : الآية ١٧٩ .

وقال الإمام الماوردي في الاستدلال بالآية الكريمة : ولأن القود موضوع لحراسة النفوس كما قال تعالى ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ ﴾ فلو سقط بالمثقل لما انحرست النفوس ، ولتسارع كل من يريد القتل إلى المثقل ثقة بسقوط القود . وما أدى إلى إبطال معنى النص كان مطرحا . انظر : الحاوي (٣٦/١٢) .

(٤) في ب و ج (احتجوا) .

(٥) في النسخ الثلاثة (شبه) .

(٦) كذا في أ ، وفي ب و ج (رضح) . والرضخ : الدق والكسر . انظر : النهاية لابن الأثير (٢٢٩/٢) باب الراء مع الضاد . وفي بعض الروايات بلفظ رَضَّ وهي بمعنى الدق أيضًا .

(٧) أخرجه الجماعة عن أنس بن مالك ﷺ . البخاري في كتاب الديات باب من أقاد بحجر . برقم ٦٨٧٩ . صحيح البخاري (٢٥٢٠/٦) . ومسلم في كتاب القسامة باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره . برقم ١٦٧٢ صحيح مسلم (١٢٩٩/٣) وأبو داود في كتاب الديات باب يقاد من القاتل برقم ٤٥٢٧ سنن أبي داود (١٨٠/٤) . والترمذي في كتاب الديات باب ما جاء فيمن رضخ رأسه بصخرة . برقم ١٣٩٤ سنن الترمذي (١٥/٤) . والنسائي في كتاب الديات باب القود بين الرجل والمرأة برقم ٤٧٤١ سنن النسائي (٢٢/٨) . وابن ماجه في كتاب الديات باب يقتاد من القاتل كما قتل برقم ٢٦٦٥ سنن ابن ماجه (٨٨٩/٢) . وجه الاستدلال بالحديث الشريف : هو أن النبي ﷺ قتل اليهودي لقتله الجارية بحجر وهو غير محدد . فدل على أن القتل به قتل عمد يجب فيه القصاص .

(٨) ويمكن أن يجاب عن هذا الاحتمال بأنه احتمال لا دليل عليه . والظاهر أنه قتله بحجر مثقل .

القصاص عندنا ، ويحتمل أن يكون قتل اليهودي حدًّا لا قصاصًا كما قتل العُرَنِيِّين [١] .
وقد روى مَعْمَر [٢] عن أيوب [٣] عن أبي قِلابة [٤] عن أنس [٥] [ﷺ] أن النبي ﷺ رجم ذلك اليهودي [٦] . [و] [٧] الرجم لا يكون إلا على وجه الحد [٨] .

(١) عن أنس ﷺ أن ناسا من عُرَينة اجتووا المدينة ، فرخص لهم رسول الله ﷺ أن يأتوا إبل الصدقة فيشربوا من ألبانها وأبوالها . فقتلوا الراعي واستاقوا الذود . فأرسل رسول الله ﷺ فأتى بهم فقطع أيديهم وسمر أعينهم وتركهم بالحرة يعضون الحجارة . أخرجه البخاري ومسلم . انظر : صحيح البخاري كتاب الزكاة باب استعمال إبل الصدقة وألبانها لأبناء السبيل (٥٤٦/٢) برقم ١٤٢٩ . وصحيح مسلم كتاب القسامة باب حكم المحاربين والمرتدين . (١٢٩٦/٣) برقم ١٦٧١ .

(٢) معمر بن راشد الأزدي ، مولاهم البصري . الحافظ أبو عروة صاحب الزهري . رأى جنازة الحسن . وأقدم شيوخه قتادة . قال الإمام أحمد : ليس نضم معمرًا إلى أحد إلا وجدته فوقه . له الجامع المشهور في السير أقدم من الموطأ . توفي سنة ١٥٣ هـ . (انظر : تهذيب الكمال (٣٠٣/٢٨) ترجمة ٦١٠٤ وطبقات ابن سعد (٥٤٦/٥) وشذرات الذهب (٢٣٥/١)

(٣) أيوب بن أبي تميمة كيسان السختياني ، أبو بكر البصري مولى عنزة . رأى أنس بن مالك وسعيد بن جبير وجابر بن زيد . قال يحيى بن معين : أيوب السختياني ثقة . روى عنه الثوري وشعبة وغيرهم . ولد سنة ٦٦ هـ وتوفي سنة ١٣١ هـ . (انظر : التاريخ الكبير للبخاري (٤٠٩/١) والجرح والتعديل لابن أبي حاتم (٢٥٥/٢) وصفة الصفوة (٢٩١/٣)

(٤) عبدالله بن زيد بن عمرو ، أبو قِلابة الجَرمي الأزدي البصري . أحد الأئمة الأعلام ، روى عن أنس بن مالك وغيرهم . كان رأسًا في العلم والعمل . طلب للقضاء فهرب . توفي بالشام سنة ١٠٤ هـ . (انظر : التاريخ الكبير للبخاري (٩٢/٥) ترجمة ٢٥٥ والعبر للذهبي (٩٦/١) وصفة الصفوة (٢٣٨/٣)

(٥) أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم الأنصاري النجاري ، راوية الإسلام أبو حمزة المدني . نزيل البصرة . صاحب رسول الله ﷺ وخادمه وآخر أصحابه موتًا . وأمه أم سليم بنت ملحان . خدم رسول الله ﷺ عشر سنين مدة مقامه بالمدينة . وغزا معه غير مرة وبايع تحت الشجرة . دعا له الرسول ﷺ فقال : اللّهم أكثر ماله وولده . (انظر : سير أعلام النبلاء (٣٩٥/٣) وتهذيب ابن عساكر (١٤٢/٣)

(٦) أخرجه الإمام مسلم في كتاب القسامة باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره . صحيح مسلم (١٢٩٩/٣) برقم ١٦٧٢ والإمام أبو داود في كتاب الديات باب يقاد من القاتل . سنن أبي داود (١٨٠/٤) برقم ٤٥٢٨. والنسائي في كتاب تحريم الدم باب ذكر اختلاط طلحة . سنن النسائي (١٠١/٧) برقم ٤٠٤٥ .

(٧) ما بين المعكوفين في النسخ الثلاثة (كل) . والصواب ما أثبتناه نظرا لسياق الكلام .

(٨) ومما يدل على أنه قتل حدًّا لا قصاصًا : أن النبي ﷺ قتل اليهودي بقول الجارية : قتلني فلان كما جاء في بعض الروايات . وبمثله لا يجب القصاص . فعلم أنه كان مشهورا بالسعي في الأرض بالفساد . ولأن قصد اليهودي كان أخذ المال ففي بعض الروايات أنه قتلها على حلي لها . وهذا شأن قطاع الطريق . فيقتل بأي شيء شاء الإمام . انظر : شرح معاني الآثار للطحاوى (١٨٧/٣) وتبيين الحقائق (١٠٦/٦) . وأجيب بأنه حكم ورد على سبب فوجب أن يكون محمولاً عليه . كما أنه لما قتله بمثل ما قتل به دل على أنه قتله

٢٦٤٦٨ - وقد روى أبو قِلابة عن أنس [ﷺ] أن اليهودي قتل الجارية وألقاها في (قَلِيب) [١] ثم رضخ رأسها [٢] . فيحتمل أن يكون الفعل الأول بآلة يقتص بها (فبلغ) [٣] بها حدًّا لا [تعيش] [٤] من مثله ثم رضخ رأسها .

٢٦٤٦٩ - احتجوا : بما روي في حديث حَمَل بن مالك [٥] [ﷺ] قال : كنت بين جاريتين ، فضربت إحداهما الأخرى بِمسطح [٦] خيمة ، فألقت جنينا ميتا وماتت ، فقضى رسول الله ﷺ بالقصاص على القاتلة وبالغرة على العاقلة [٧] .

٢٦٤٧٠ - قلنا : قد اختلفت الرواية في هذه القصة ، فروى إبراهيم [٨] عن

= قصاصًا لا للحد . يضاف إلى ذلك أن اليهودي اعترف كما وقع التصريح به في بعض طرق الحديث ، فهذا يدل على أن اليهودي لم يقتل بقل الجارية فقط ، وإنما بالإقرار من اليهودي . فالظاهر أنه قتل كان قصاصًا . انظر : فتح الباري (١٨١/١٤) والنكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٤ والحاوي للماوردي (٣٦/١٢) .

(١) كذا في ب و ج . وفي أ (قليبه) . والقليب : البئر التي لم تطو . انظر : النهاية لابن الأثير (٩٨/٤) .

(٢) وهو نفس الحديث السابق الذي رواه أبو قلابة عن أنس بن مالك ﷺ ولفظه : أن رجلًا من اليهود قتل جارية من الأنصار على حلي لها ثم ألقاها في القليب ورضخ رأسها بالحجارة . فأخذ فأتي به رسول الله ﷺ فأمر به أن يرجم حتى يموت فرجم حتى مات . انظر : المصادر السابقة .

(٣) في ب (قطع) .

(٤) في النسخ الثلاثة (تعلس) .

(٥) حمل بن مالك بن النابغة الهذلي ، ويقال حملة بن النابغة . أبو نضلة . له صحبة . روى عن النبي ﷺ حديث دية الجنين . وروى عنه عبدالله بن عباس . انظر : التاريخ الكبير للبخاري (١٠٨/٣) ترجمة ٣٦٦ والجرح والتعديل لابن أبي حاتم (٣٠٣/٣) ترجمة ١٣٤٩ .

(٦) المِسطح : عمود الخيمة . انظر : النهاية لابن الأثير (٣٣٠/٤) باب حرف الميم مع السين .

(٧) أخرجه الأئمة أبو داود وابن ماجه والدارمي والبيهقي عن ابن جريج عن عمرو بن دينار عن طاووس عن ابن عباس : أن عمر نشد الناس قضاء رسول الله ﷺ . فقام حمل بن مالك فقال : كنت بين امرأتين فضربت إحداهما الأخرى بمسطح فقتلتها فقضى رسول الله ﷺ في جنينها بغرة وأن تقتل بها . انظر : سنن أبي داود (١٩١/٤) كتاب الديات باب دية الجنين برقم ٤٥٧٢ . وسنن ابن ماجه (٨٨٢/٢) كتاب الديات باب دية الجنين برقم ٢٦٤١ . وسنن الدارمي (١٥٨/٢) كتاب الديات باب في دية الجنين برقم ٢٣٨١ . والسنن الكبرى للبيهقي (١١٤/٨) . قال الإمام البيهقي بعد ذكر الحديث : كذا قال : (وأن تقتل بها) يعني المرأة القاتلة . ثم شك فيه عمرو ابن دينار . والمحفوظ أنه قضى بديتها على عاقلة القاتلة .

(٨) إبراهيم بن يزيد بن قيس النخعي ، أبو عمران الكوفي . فقيه أهل الكوفة وأحد الأئمة المشاهير . لم يحدث عن أحد من أصحاب رسول الله ﷺ . ورأى عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا . وكان مفتي أهل الكوفة هو والشعبي في زمانهما . وكان رجلًا صالحًا فقيهًا عالمًا متوقيًا قليل التكلف . قال أبو نعيم : كان إبراهيم صيرفي الحديث . مات وهو مختف عن الحجاج سنة ٩٦هـ . انظر : وفيات الأعيان (٢٥/١) وحلية الأولياء (٢١٩/٢) ترجمة ٢٧٣ .

عبيد بن نضلة [١] عن المغيرة بن شعبة [٢] ﷺ أن امرأتين اقتتلتا ، فرمت إحداهما صاحبتها بعمود فُسطاط [٣] فأصاب بطنها فألقت جنينًا وماتت ، فقضى رسول الله ﷺ بغرة الجنين ودية المقتولة على عصبة القاتلة [٤] .

٢٦٤٧١ - وروى يونس [٥] (عن) [٦] ابن شهاب [٧] عن سعيد بن المسيب [٨]

---

(١) عبيد بن نُضَيلة الخزاعي ، وقيل نضلة ، أبو معاوية الكوفي . تابعي ثقة . كان مقرئ أهل الكوفة في زمانه . روى عن علقمة وقرأ عليه القرآن . وروى عنه إبراهيم النخعي وغيرهم . توفي سنة ٧٤ هـ . انظر : التاريخ الكبير (٥/٦) ترجمة ١٤٩٨ وتهذب الكمال (٢٣٩/١٩) ترجمة ٣٧٤١ وتاريخ الثقات للعجلي ص٣٢٣ ترجمة ١٠٨٥ .

(٢) المغيرة بن شعبة بن أبي عامر بن مسعود الثقفي ، أبو عبدالله . صاحب رسول الله ﷺ . أسلم عام الخندق وقدم مهاجرا . روى عن النبي ﷺ . وكان له مغيرة الرأي . توفي سنة ٤٩ هـ بالكوفة وهو أميرها . انظر : التاريخ الكبير للبخاري (٣١٦/٧) ترجمة ١٣٤٧ وطبقات ابن سعد (٢٨٤/٤) والاستيعاب (٧/٤) ترجمة ٢٥١٢ .

(٣) الفُسطاط : ضرب من الأبنية في السفر دون السرادق . انظر : النهاية لابن الأثير (٤٤٥/٣) حرف الفاء مع الشين .

(٤) أخرجه الإمام مسلم في كتاب القسامة باب دية الجنين (١٣٠٩/٣) برقم ١٦٨٢ وأبو داود في كتاب الديات باب دية الجنين (١٩٠/٤) برقم ٤٥٦٨ والترمذي في كتاب الديات باب ما جاء في دية الجنين (٢٤/٤) برقم ١٤١١ . والنسائي في كتاب القسامة باب جنين المرأة (٤٩/٨) برقم ٤٨٢١ .

(٥) يونس بن يزيد بن أبي النجاد ، أبو يزيد القرشي مولى معاوية بن أبي سفيان . الإمام الثقة المحدث . حدث عن ابن شهاب ونافع وعكرمة وغيرهم . وعنه الليث بن سعد والأوزاعي وابن المبارك وغيرهم . كان ابن المبارك يقول : كتابه صحيح . توفي سنة ١٥٩ هـ وقيل غير ذلك . (انظر : سير أعلام النبلاء (٢٩٧/٦) ترجمة ١٢٦ والجرح والتعديل (٢٤٧/٩) ترجمة (١٠٤٢)

(٦) ساقط من ب و ج .

(٧) محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبدالله القرشي الزهري ، أبو بكر المدني . الإمام العلم حافظ زمانه . رأى عشرة من أصحاب النبي ﷺ . كان من أحفظ أهل زمانه وأحسنهم سياقا لمتون الأخبار . كان فقيهًا فاضلًا روى عنه الناس . قال عمر بن عبد العزيز : لا أعلم أحدًا أعلم بسنة ماضية منه . توفي سنة ١٢٤ هـ بناحية الشام . (انظر : سير أعلام النبلاء (٣٢٦/٥) ترجمة ١٦٠ وثقات ابن حبان (٣٤٩/٥) وطبقات الفقهاء للشيرازي ص (٦٣)

(٨) سعيد بن المسيّب بن حَزن بن أبي وهب القرشي المخزومي ، أبو محمد المدني . سيد التابعين وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة . رأس في العلم والعمل ثقة حجة . جمع بين الحديث والفقه والزهد والورع . وكان لا يأخذ العطاء . ومناقبه وفضائله كثيرة جدا . ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر بن الخطاب . روى عنه الصحابة . توفي بالمدينة سنة ٩٤ هـ وقيل غير ذلك . انظر : وفيات الأعيان (٣٧٥/٢) ترجمة ٢٦٢ والكاشف (٢٩٦/١) ترجمة ١٩٧٩ وطبقات الفقهاء للشيرازي ص ٥٧ .

وأبي (سَلَمَة) [١] عن أبي هريرة [٢]

٢٦٤٧٢ - ﷺ هذا [٣] الحديث بعينه [٤] . وروى شعبة [٥] عن قتادة [٦] عن أبي المليح [٧] عن (حَمَل) [٨] بن مالك ابن النابغة الهذلي أنه قال : كنت بين امرأتين فاقتتلتا ، فرمت إحداهما صاحبتها بحجر فألقت جنينا ميتا (وماتت) [٩] ، فقضى رسول الله ﷺ بغرة الجنين ودية المقتولة على عصبة القاتل [١٠] . وإذا (اختلفت) [١١] الأخبار لم يصح الاحتجاج بهذه القصة .

٢٦٤٧٣ - وقولهم [١٢] : إن خبر حَمَل بن مالك أولى بالقبول لأنه (زوج

---

(١) في أ (مسلم) وفي ب و ج (سلم) . والصواب ما أثبتناه بناء على كتب الحديث .
وأبو سلمة هو أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف القرشي الزهري المدني . قيل : اسمه عبدالله . وقيل : إسماعيل . وقيل : اسمه وكنيته واحد . كان ثقة فقيهًا كثير الحديث . روى عن أبيه وابن عباس وأبي هريرة وغيرهم . وروى عنه الشعبي والزهري وغيرهم . توفي بالمدينة سنة ٩٤ هـ . وقيل غير ذلك . (انظر : تهذيب الكمال (٣٣/٣٧٠) ترجمة ٧٤٠٩ والجرح والتعديل (٥/٩٣) ترجمة ٤٢٩ وطبقات الفقهاء ص (٦١)
(٢) أبو هريرة الدوسي اليماني . صاحب رسول الله ﷺ وحافظ الصحابة . اختلف في اسمه فقيل : عبد الرحمن بن صخر ، وقيل غير ذلك . أسلم عام خيبر سنة سبع . أكثر الصحابة رواية لحديث رسول الله ﷺ . وروى عنه أكثر من ثمانمائة رجل . واستعمله عمر بن الخطاب ﷺ على البحرين . توفي سنة ٥٧ هـ . وقيل غير ذلك . (انظر : تهذيب الكمال (٣٤/٣٦٦) ترجمة ٧٦٨١ شذرات الذهب (١/٦٣)
(٣) في النسخ الثلاثة (بهذا) والصواب ما أثبتناه .
(٤) البخاري في كتاب الديات باب جنين المرأة برقم ٦٥١٩ . صحيح البخاري (٦/٢٥٣٢) . ومسلم في كتاب القسامة باب دية الجنين برقم ١٦٨١ . صحيح مسلم (٣/١٣٠٩) . وفيه : فقضى رسول الله ﷺ فيها بغرة عبد أو أمة . فلم يذكر فيه دية المرأة .
(٥) شعبة بن الحجاج بن الورد الأزدى ، مولاهم أبو بِسطام الواسطي ثم البصري . كان من سادات أهل زمانه حفظًا وإتقانا وورعًا وفضلًا . وهو أول من فتش بالعراق عن أمر المحدثين وجانب الضعفاء والمتروكين ، وصار علما يقتدى به . وتبعه بعده أهل العراق . توفي سنة ١٦٠ هـ بالبصرة . انظر : طبقات ابن سعد (٧/٢٨٠) وتهذيب التهذيب (٤/٢٩٧) وثقات العجلي ص ٢٢٠ ترجمة ٦٦٥ .
(٦) سبق ترجمته .
(٧) هو عامر بن أسامة بن عمير ، أبو المليح الهذلي الكوفي ثم البصري . روى عن أبيه وغيره . ولأبيه صحبة . وروى عنه قتادة وغيره . قال أبو زرعة عنه : بصري ثقة . توفي سنة ١١٢ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٥/٩٤) ترجمة ٣٣ والوافي بالوفيات (١٦/٥٩٣) وتهذيب التهذيب (١٢/٢٦٨) .
(٨) في النسخ الثلاثة (أحمد) .
(٩) ساقط من ب و ج .
(١٠) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٤/٩) برقم ٣٤٨٥ .
(١١) في ب و ج (اختلف) .
(١٢) انظر : النكت للشيرازي ورقة ٢٥٤أ وعبارته : وهذه الرواية أولى . لأنها يرويها زوجها . وقال =

المرأتين)[١] ، فقد روينا عنه مثل قولنا . على أن الخبر إن كان إيجاب الدية فهو دلالة لنا ، (لأن)[٢] عمود الخيمة (يقتل)[٣] غالبًا .

٢٦٤٧٤ - وقد أوجب (ﷺ)[٤] فيه الدية . وإن كان أصل الخبر إيجاب القصاص ، فلا دلالة فيه لمخالفنا . لأنه يحتمل أن يكون محدودًا أو يكون على رأسه حديد ، وحكاية الفعل إذا احتملت وجهين سقط التعلق بها .

٢٦٤٧٥ - قالوا : الآلة لو قتل بها قاطع الطريق وجب (عليه)[٥] القتل بها ، في غير قطع الطريق جاز أن يجب عليه القتل بها ، أصله الحديد .

٢٦٤٧٦ - قلنا : القتل في قاطع الطريق (لا)[٦] يثبت على وجه القصاص . وإنما (يثبت)[٧] حدًّا[٨] بدلالة أن الإمام يستوفيه وإن (لم)[٩] يطالب الولي ، (فلذلك)[١٠] لم تعتبر فيه الآلة

٢٦٤٧٧ - ولأن الحكم المتعلق بقطع الطريق مغلظ ، بدلالة أن أخذ المال في غير قاطع الطريق أكثر [عقوبته][١١] قطع طرف واحد ، وأخذ المال في قطع الطريق يقطع به طرفان ، كذلك لا يمنع أن يغلظ القتل فيجب في قاطع الطريق القتل مع اختلاف [الآلات][١٢] ، ولا يجب في غير قاطع الطريق إلا إذا قتل بآلة مخصوصة ، والمعنى في الحديد أن القصاص لما وجب بجرحها استوى صغيرها وكبيرها ، ولما لم يجب القصاص إذا قتل بصغير الآلة فيما سوى الحديد ، كذلك بكبيرها .

٢٦٤٧٨ - وإن شئت قلت : الحديد [آلة][١٣] يقع بها [الذكاة][١٤] ، فجاز أن يجب بالقتل بها القصاص . وغير المحدود لا يقع به الذكاة ، فلا يجب بالقتل (به)[١٥] القصاص .

= الماوردي : حديث حمل بن مالك لا يعارض حديث المغيرة . لأنه أجنبي من المرأتين ، وحمل بن مالك زوج المضروبتين فكان بحالهما أعرف . انظر : الحاوي (٣٧/١٢) .

(١) في النسخ الثلاثة (روح الخيمة) .
(٢) في ب و ج (أن) .
(٣) كذا في أ ، وفي ب و ج (فهو يقتل) .
(٤) في ب و ج (عليه السلام) .
(٥) كذا في ب . وفي أ و ج (عنيها) .
(٦) في ب و ج (ولا) وهو خطأ .
(٧) في ب و ج (ثبت)
(٨) في النسخ الثلاثة (هنا) .
(٩) ساقط من ب و ج .
(١٠) في ب و ج (فكذلك) .
(١١) في النسخ الثلاثة (عقوبة) والصواب ما أثبته .
(١٢) في النسخ الثلاثة (الدلالات) .
(١٣) في النسخ الثلاثة (بدلالة) .
(١٤) في النسخ الثلاثة (الدلالة) .
(١٥) زيادة من ج .

٢٦٤٧٩ - و (قالوا) [١] : الحجر آلة يتعلق بها (قتل) [٢] في حق الله وهو الرجم ، فجاز أن يتعلق بها القصاص كالسيف [٣] .

٢٦٤٨٠ - قلنا : الحجر قد يتعلق بها القصاص عندنا (إذا) [٤] كان له حد ، ولا يتعلق إذا لم يكن له حد ، قد شرع الرجم بهما ، (كما أن) [٥] عند مخالفنا قد شرع القتل بصغير الحجر وكبيره ، والقصاص يجب في كبيره ولا يجب في صغيره ، والمعنى في السيف أن الجرح يقع بمجموع أجزاء حده ، وكل (حرف) [٦] منها لو انفرد القتل به تعلق به القصاص ، كذلك إذا قتل بجملته ، والحجر يقع به الضرب بمجموع (أجزائه) [٧] لو حصل القتل بقليلها لم يجب به القصاص ، فلم يجب به القصاص (لذلك ، والحجر يقع في كلها .

٢٦٤٨١ - بيان ذلك : أن القاتلين إذا اشتركوا ، وكل واحد لو انفرد وجب عليه القصاص ، وجب) [٨] على جماعتهم القصاص . ولو اشتركوا وفيهم من لو انفرد بالقتل لم يجب عليه القصاص ، لم يجب على جماعتهم قصاص كالخاطئ والعامد .

٢٦٤٨٢ - قالوا : آلة يقصد بها القتل ، فجاز أن يجب بها القصاص كالمحدود [٩] .

٢٦٤٨٣ - قلنا : المعتبر في وجوب القصاص القصد إلى الضرب ، فلا معنى لاعتبار القصد إلى القتل .

٢٦٤٨٤ - ولأن الذي يقصد به القتل هو المحدود ، ومتى لم يقصد تعجيل القتل عدل عن المحدود إلى غيره . ولأن المحدود يعمل في الظاهر والباطن ، ولهذا لو جرحه به جراحة لا تقتل في الغالب وجب القصاص ، وأما الحجر فيعمل في الظاهر دون الباطن ، ولهذا لا يجب القصاص بصغيره .

---

(١) في ب و ج (قال) . (٢) في ج (القتل) .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٤ وعبارته : والحجر شرع القتل به في كبيره فهو كالسيف . لأنه جهة يقصد بها القتل . أو سبب يقتل غالبًا فأشبه الضرب بالسيف في وجوب القتل .

(٤) في ب و ج (إن) . (٥) في ب (كمان) .

(٦) كذا في النسخ الثلاثة .

(٧) في ب و ج (أجزاء) .

(٨) قوله : لذلك - إلى آخر قوله - وجب ساقط من ب و ج .

(٩) انظر : الاختيار (٣٤/٥) وعبارته : لأن الذي لا يتقاصر عن عمل السيف في إزهاق الروح فيكون عمدًا . وانظر كذلك : الحاوي (٣٧/١٢) . والمغني والشرح الكبير (٣٢٣/٩) .

٢٦٤٨٥ - قالوا : كلما لو قتل وجب القصاص إذا قتل (بثقله) [١] ، وجب القصاص كالحديد [٢] .

٢٦٤٨٦ - قلنا : قد دل الطحاوي [٣] أن القتل بالحديد لا يجب به القصاص ، وهذا هو الصحيح من قول أبي حنيفة [٤] [رحمه الله] . ويبطل هذا بالسوط المحدد لو قتل بحده وجب القصاص ، ولو ضرب (بغير) [٥] حده لم يجب القصاص ، والمعنى في الحديد ما قدمنا .

٢٦٤٨٧ - قالوا : أحد نوعي القصاص [فاستوى فيه] [٦] القتل (بالمحدد) [٧] وغيره كما دون النفس [٨] .

٢٦٤٨٨ - قلنا : [إفاتة] [٩] البعض بالمحدد والمثقل يحصل على وجه واحد ، فوجب القصاص فيها ، والقتل بالسيف يخالف القتل بالحجر . لأن السيف يقطع ظاهرا وباطنا ، والحجر يكسر ويهشم ، فيعمل في الظاهر دون الباطن . (فلذلك) [١٠] اختلفا [١١] .

٢٦٤٨٩ - قالوا : القصاص صيانة الدماء ، فيجب أن يتعلق بجميع الآلات التي يقصد بها القتل [١٢] .

---

(١) في ب و ج (بتقتيله) .

(٢) انظر : الحاوي للماوردي (٣٧/١٢) وعبارته : ولأن ما وجب القود في محدده ، وجب في مثقله كالحديد .

(٣) سبق ترجمته .

(٤) ذكر فيما سبق أن الإمام أبي حنيفة رحمه الله اختلفت الرواية عنه في الحديد الذي لا حد له . ففي ظاهر الرواية هو عمد نظرًا إلى أن الحديد نفس السلاح . وفي رواية الطحاوي ليس بعمد لأنه لا يفرق الجزاء . وهنا صحح الإمام القدوري رواية الطحاوي .

(٥) كذا في أ وفي ب وج (لغير) .

(٦) في أ (فاستغني فيه) وفي ب و ج (فاستغني به) .

(٧) في ب (بالمحدود) .

(٨) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٤ وعبارته : لأنه جهة يقصد بها القتل ، أو سبب يقتل غالبًا فأشبه الضرب بالسيف في وجوب القتل كما لو أبان به الطرف وجب القصاص . فإذا قتل به النفس وجب به القصاص .

(٩) في النسخ الثلاثة (أقام) .

(١٠) في ب و ج (فكذلك) .

(١١) وأجيب عن ذلك بأن الناس اعتادوا قتل أعدائهم بالمثقل . لأن الضرب بالمثقل فعل مزهق للروح . ولا تطيق النفس احتماله في كونه مزهقا للروح . وهذا يكون أبلغ في القتل من الجرح . فهو أولى بإيجاب القصاص .

(١٢) قال الماوردي : القود موضوع لحراسة النفوس . فلو سقط القصاص بالمثقل لما أنحست النفوس ، ولسارع كل من يريد القتل إلى المثقل ثقة بسقوط القود انظر الحاوي للماوردي (٣٧/١٢) . وقال الإمام الشوكاني : لأن المقصود بالقصاص صيانة الدماء من الإهدار . والقتل بالمثقل كالقتل بالمحدد في إتلاف النفوس . فلو لم يجب به القصاص كان ذلك ذريعة إلى إزهاق الأرواح . انظر : نيل الأوطار (٢١/٧) .

٢٦٤٩٠ - قلنا : لما كان القتل يحصل (بالمحدد) [١] في الغالب وضع (القصاص فيه) [٢] دون ما لا يحصل به القتل غالبًا .

* * *

(١) في ب و ج (بالعدد) وهو تحريف .

(٢) في ب (فيه القصاص فيه) .



مسألة ١٣٠٥

حكم ما إذا رمى إلى مرتد فأصابه السهم بعد إسلامه فمات

٢٦٤٩١ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا رمى إلى مرتد (فأصابه) [1] السهم بعد إسلامه ، فلا ضمان على الرامي [2] .

٢٦٤٩٢ - وقال الشافعي [رحمه الله] : عليه الدية [3] .

---

(١) كذا في أ ، وفي ب و ج (فأصاب) .

(٢) هذا ما ذكره صاحب الهداية قال : ولو رمى إليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعًا . وكذا إذا رمى حربيًا فأسلم . لأن الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك . انظر : الهداية (١٧٥/٤) . ولم يشر الإمام القدوري رحمه الله ولا صاحب الهداية أن قول زفر رحمه الله من الحنفية يخالف قول الأصحاب . ولكن صاحب البدائع ذكر أن زفر يرى أن عليه الضمان . حيث قال في البدائع (٢٥٣/٧) ما نصه : وإن رمى مرتدًا أو حربيًا فأسلم ثم وقع السهم به ومات لا شيء عليه عند أصحابنا الثلاثة . وعند زفر عليه الدية . وقال سحنون من المالكية أنه لا قصاص ولا عقل . بينما ذهب ابن القاسم إلى وجوب الدية في مال الرامي . فقد ذكر القرافي في الذخيرة (٣٣٢/١٢) ما يأتي : فإن رمى مرتدًا فأسلم أو حربيًا فأسلم قبل الإصابة فقتله أو جرحه ، قال سحنون : لا قصاص على الرامي . لأنه في وقت لا قود فيه ولا عقل . وعلى قول ابن القاسم : الدية عليه حالة في ماله . لأنه لو جرح وهو مرتد ثم مات من جرحه بعد أن أسلم ، أقسم ولاته لمات منه وديته في ماله .

(٣) قال الإمام الشافعي رحمه الله : إذا ارتد الرجل عن الإسلام فرماه رجل ولم تقع الرمية به حتى أسلم فمات منها أو جرحه بالرمية فلا قصاص على الرامي . لأن الرمية كانت وهو ممن لا عقل ولا قود . وعليه الدية في ماله حالة إن مات . وأرش الجرح إن لم يمت حالا . لأنه عمد ولا تسقط الدية . لأن مخرج الرمية وهو مرتد ، كما لو أن رجلًا رمى رجلًا ثم أحرم فأصابته الرمية بعد الإحرام صيدا ضمنه . ولم يكن في أقل من معنى أن يرمى غرضا فيصيب آدميا . اهـ انظر : الأم (٥١/٦) حيث . فالاعتبار عند الشافعية بحال الإصابة ، لأنها حالة اتصال الجناية . ولا يعتبر حال الرمي . لأنه كالمقدمة التي تسبب بها إلى الجناية كما لو كان مهدرًا عند الحفر معصوما عند التردي . انظر : تحفة المحتاج (٤١١/٨) . وذهب الحنابلة إلى أنه إن رمى مرتدًا فأسلم قبل وقوع السهم به فلا قصاص على الرامي . لأنه رمى من ليس بمعصوم فأشبه الحربي . وفي الدية وجهان : أحدهما : لا تجب وهو الأشهر وعليه العمل كردة مسلم وكالحربي . والثاني : تجب الدية . لأن الرمي هنا محرم لما فيه من الافتئات على الإمام . وكتلفه ببئر حفرت . انظر : كشاف القناع (٢٨٧٤/٨) والمبدع في شرح المقنع (٢٦٤/٨) وقد ذكر المرداوي قولا ضعيفًا عند الحنابلة وهذا القول يوجب القصاص على الرامي حيث قال المرداوي : وإن رمى مرتدًا فأسلم قبل وقوع السهم به فلا قصاص . وهو الصحيح من المذهب . وقيل يقتل به . انظر : الإنصاف (٤٦٤/٩) ولم يذكر القاضي أبو يعلى أي خلاف في عدم وجوب =

٢٦٤٩٣ - وقالوا : إذا رمى إلى حربي فأصابه بعد إسلامه ، نص في الأم على أن فيه الدية اعتبارا بحال الإصابة [(١)] .

٢٦٤٩٤ - وقالوا : لو رمى [المحْرِم] [(٢)] صيدا فأصابه بعد (إحلاله) [(٣)] فلا ضمان ، فإن رمى الحلال ثم أحرم فأصابه ضمن ، ولو رمى المجوسي ثم أسلم فأصاب السهم يؤكل [(٤)] .

٢٦٤٩٥ - والدليل على سقوط الضمان في [الحربي] [(٥)] : أن الرمي مباح وسبب الجناية إذا أبيح مطلقا لم يضمن ما تولد منه في حق الآدمي ، أصله إذا حفر بئرا في داره فوقع فيها إنسان ، ولا يلزم إذا رمى إلى صيد ، لأن الإباحة ليست مطلقة [فشرط] [(٦)] السلامة . وإذا ثبت في الحربي قسنا عليه المرتد بعلة أنه رمي في مباح الدم .

٢٦٤٩٦ - ولأن الرمي كمباشرة الجناية ، بدلالة أن التسمية في الذبيحة يعتبر عند الرمي ، لأنه موجب للإصابة . ألا ترى أن الرمي إذا وقع لم يكن (بد) [(٧)] من الإصابة

= القصاص إذ قال : ولا يختلفون إذا رمى مرتدًا فأسلم ثم وقع السهم أنه لا قصاص . انظر : المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين للقاضي أبو يعلى (٢٥٧/٢) مكتبة المعارف بالرياض . يتضح مما سبق عرضه من أقوال المذاهب أن الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في الصحيح من المذهب يرون أنه لا يجب القصاص على الرامي . وفي قول مقابل الصحيح من المذهب عند الحنابلة يجب القصاص على الرامي وهو قول ضعيف عندهم ولم أجد ما استدل به على هذا القول . وعلى هذا فإن محل الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة هو في وجوب الدية . وفيه للفقهاء قولان :

القول الأول : لا تجب الدية على الرامي . وهو قول الإمام أبو حنيفة والصاحبين . وبه قال سحنون من المالكية . وهو المذهب عند الحنابلة .

والقول الثاني : تجب الدية على الرامي . وهو قول زفر من الحنفية وابن القاسم من المالكية وبه قال الإمام الشافعي رحمه الله والحنابلة في وجه عندهم .

(١) قال الإمام الشافعي رحمه الله فيه : لو أرسل سهمه على حربي فلم يقع به السهم حتى أسلم ، كان خلافًا للمسائل التي قبلها . لأنه أرسل عليه وهو مباح الدم . وليس عليه قود بحال لما أصابه من رميته وعليه الكفارة ودية حر مسلم بتحويل حاله قبل وقوع الرميةانظر : الأم (٤١/٦) .

(٢) في النسخ الثلاثة (الحربي) وهو خطأ . والصواب ما أثبته .

(٣) كذا في أ ، وفي ب و ج (احتلاله) وهو تحريف .

(٤) وهذه إشارة من الإمام القدوري رحمه الله إلى أن الشافعية اعتبروا في كل هذه الحالات وقت الإصابة لا وقت الرمي فأسقطوا فيه الضمان اعتبارا بوقت الإرسال . وأوجبوا الضمان اعتبارا بوقت الإصابة انظر : الأم (٥١/٦) .

(٥) في النسخ الثلاثة (المجوسي) .

(٦) في النسخ الثلاثة (شرط) .

(٧) ساقط من ب و ج .

(إلا) [1] أن يعترضه مانع (أو) [2] أن يقع رميه في غير الجهة أو يعدل السهمَ ريحٌ أو حيوانٌ [3] .

٢٦٤٩٧ - ولأن (المباشرة) [4] يقع بحسب اعتماده وقوته ، ولهذا لم يجب القصاص (في مسألتنا باتفاق [5] . ولو اعتبر بحال الإصابة يوجب القصاص ، وإذا اعتبر بحال الرمي فكأنه جرحه) [6] وهو مرتد ثم أسلم (فسرت) [7] الجراحة [8] .

٢٦٤٩٨ - فإن قيل : لو اعتبر بحال الرمي لكان إذا مات (المرمي) [9] قبل وقوع السهم يجب به الضمان [10] .

٢٦٤٩٩ - قلنا : المعتبر عندنا بحال الرمي إذا اتصلت الإصابة به ، فأما إذا مات المرمي قبل ذلك فكأن السهم عدل عنه .

٢٦٥٠٠ - احتجوا : بقوله (ﷺ) [11] : « في النفس مائة من الإبل » [12] .

---

(١) ساقط من ب و ج . (٢) في النسخ الثلاثة (أما) .

(٣) ناقش الشيرازي هذا القياس فقال : وإنما اعتبرت التسمية حالة الرمي ، لأنه لا يمكن عند الإصابة . كما ينوى الصوم بالليل وإن كان الصوم بالنهار . انظر : النكت للشيرازي ورقة ب٢٦١ .

(٤) في ب و ج (للناس) .

(٥) لا يجب القصاص في هذه المسألة باتفاق المذاهب الأربعة . إلا في قول ضعيف عند الحنابلة . وهو في مقابل الصحيح من المذهب عندهم .

(٦) قوله : في مسألتنا باتفاق - إلى آخر قوله - فكأنه جرحه ساقط من ب و ج .

(٧) في ج (فبرأت) .

(٨) ناقش الشيرازي هذا القياس بأنه قياس مع الفارق فقال : إن الجناية حصلت بالإصابة بخلاف الجرح ، فإن الجرح جناية . والرمي ليس بجناية . انظر : النكت ورقة ب٢٦١ .

(٩) كذا في أ و ج ، وفي ب (به المرمي) .

(١٠) انظر : النكت للشيرازي ورقة ب ٢٦١ وعبارته : ولأنه لو رمى إلى عبد صحيح فوقع به السهم وهو أقطع وجبت دية أقطع . فدل على أن الاعتبار بحال الإصابة .

(١١) في ب و ج (عليه السلام) .

(١٢) أخرجه الإمام النسائي عن الزهري قال : جاءني أبو بكر بن حزم بكتاب في رقعة من أدم عن رسول الله ﷺ هذا بيان من الله ورسوله . ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ . فتلا منها آيات ثم قال : في النفس مائة من الإبل . إلى آخر الحديث . انظر : سنن النسائي (٥٧/٨) كتاب القسامة باب حديث عمرو بن حزم في العقول واختلاف الناقلين عنه . برقم ٤٨٥٧ . كما أخرجه الإمام مالك في الموطأ (٨٤٠/٢) كتاب العقول باب ذكر العقول . وأخرجه الدارمي في سننه (٢٥٣/٢) كتاب الديات باب كم الدية من الإبل ، برقم ٢٣٦٥ . وقد اختلف أهل الحديث في صحة هذا الحديث . وقد صحح الحديث بالكتاب المذكور =

٢٦٥٠١ - قلنا : معناه في النفس المضمونة ، ونحن لا نسلم لهم ضمان هذه النفس، لأن الخبر مشترك الدليل ، لأنه يقتضي وجوب الضمان إذا رمى (إلى) [1] مسلم فارتد قبل وقوع السهم به ، وهذا خلاف قولهم .

٢٦٥٠٢ - قالوا : الإصابة صادفته وهو مضمون ، فوجب بقتله الضمان أصله إذا رمى إلى غرض فأصابه [2] .

٢٦٥٠٣ - قلنا : هناك وقع الرمي وهو غير مباح النفس (فضمن) [3] بالإصابة ، وفي مسألتنا حصل الرمي وهو مباح ، فلم يتعلق به ضمان .

٢٦٥٠٤ - قالوا : الرمي سبب فهو (كالحفر) [4] . ومعلوم أن من حفر بئرا فوقع فيها مسلم كان (مرتدًّا) [5] أو حربيا عند الحفر ضمن ، ولم يعتبر بحال الحفر ، كذلك الرمي .

٢٦٥٠٥ - قلنا : الإصابة في الحفر غير موجبة بالحفر ، بدلالة أن الوقوع يكون بفعل الواقع لا بفعل الحافر . وإذا لم يكن موجبا به لم يعتبر حال الواقع عند الحفر . وأما الإصابة فهي موجبة بدلالة أن الرامي كما فعل الاعتماد حتى فارق السهم الوَتَر ، كذلك هو الفاعل للجرح الحادث . فلما كان ذلك موجب فعله اعتبر بحال الفعل دون ما تجدد .

• • •

جماعة من العلماء لا من حيث الإسناد بل من حيث الشهرة . قال ابن عبد البر : هذا كتاب مشهور عند أهل السير ، معروف ما فيه عند أهل العلم معرفة يستغني بشهرتها عن الإسناد . لأنه أشبه التواتر في مجيئه لتلقي الناس له بالقبول والمعرفة . انظر : تلخيص الحبير (١٨/١٧/٤) .

(١) كذا في ب و ج . وهو ساقط من أ .

(٢) انظر : الأم (٥١/٦) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) في ب و ج (كحفر البئر) .

(٥) في ب و ج (أو مرتدًّا) .

حكم ما إذا رمى ذميًا فأصابه السهم بعد إسلامه فمات

٢٦٥٠٦ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا رمى ذميًا فوقع السهم بعد إسلامه ، فعلى الرامي القصاص (١) .

٢٦٥٠٧ - وقال الشافعي [رحمه الله] : الدية (٢) .

٢٦٥٠٨ - وهذا مبني على أصلنا في وجوب قتل المسلم بالذمي . فلو لم يسلم حتى أصابه وجب القصاص ، فإذا أسلم أولى ، وعلى أصلهم يعتبر في القصاص أن يقصد قتل من يكافئه في الدم ، وهذا لا يوجد عند الرمي (٣) . والمعتبر (عندكم) (٤) في القصاص بحال الرمي دون (حالة) (٥) الإصابة ، فلم يجب القصاص .

* * *

(١) وإلى هذا القول ذهب ابن القاسم من المالكية . بينما ذهب سحنون إلى وجوب الدية . قال الإمام القرافي : فإن تغير حال الذمي قبل إصابة السهم ثم أصابه . فالعبرة عند ابن القاسم بحال الإصابة ، لأنه وقت للسبب . وعند سحنون بحال الرمي . انظر : الذخيرة (٣٣٢/١٢) .

(٢) قال الإمام الشافعي رحمه الله : لو رمى نصرانيًا أو مجوسيا فأسلم المرمي قبل أن تقع الرمية لم يُقَد لخروج الرمية وهو غير مسلم . وكانت عليه دية مسلم إن مات من الرمية انظر : الأم (٥٢/٦) . وذهب الخرقى من الحنابلة إلى عدم وجوب القصاص . بينما ذهب أبو بكر إلى وجوبه . جاء في المحرر (١٢٦/٢) ما نصه : ولو رماهما (أي الذمي والعبد) فلم يصبهما السهم إلا بعد الإسلام ثم ماتا لم يجب القود عند الخرقى . وأوجبه أبو بكر كما لو قتل من يعرفه ذميًا أو عبدًا فبان قد أسلم وعتق . ومن خلال عرض أقوال المذاهب نرى أن الحنفية ذهبوا إلى وجوب القصاص في هذه الحالة . وهو قول ابن القاسم من المالكية وأبو بكر من الحنابلة . بينما ذهب الشافعية إلى وجوب الدية . وهو قول سحنون من المالكية والخرقى من الحنابلة .

(٣) ذكر الإمام القدورى رحمه الله الخلاف في قتل المسلم بالذمي في المسألة رقم ١ .

(٤) زيادة من ب و ج .

(٥) في ب و ج (حال) .



حكم ما إذا رمى عبدًا فأصابه السهم بعد عتقه ثم مات

٢٦٥٠٩ - قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله : إذا رمى عبدًا فأعتقه مولاه قبل وقوع السهم به وجبت قيمته [1] للمولى [2] .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٢) ذكر الإمام القدوري رحمه الله أن رأي محمد رحمه الله يتفق مع رأي الإمام ، ولم يذكر رأي الإمام أبي يوسف . والذي في الهداية أن رأي محمد يختلف مع رأي الإمام . فمحمد يرى في هذه الحالة أن عليه فضل ما بين قيمته مرميا إلى غير مرمي . بينما يتفق قول أبي يوسف مع قول الإمام . قال صاحب الهداية : وإن رمى عبدًا فأعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة رحمه الله . وقال محمد رحمه الله : عليه فضل ما بين قيمته مرميًا إلى غير مرمي . وقول أبي يوسف رحمه الله مع قول أبي حنيفة رحمه الله . انظر : الهداية (١٧٥/٤/ ١٧٦) . وذكر صاحب البناية أن زفر يخالف الإمام والصاحبين في وجوب القيمة نظرًا إلى حالة الإصابة ، فتجب الدية عنده لا القيمة . انظر : البناية مع الهداية (١٠/ ١٢٠) .ويؤكد القول بأن رأي محمد يختلف عن رأي الإمام هو ما جاء في الجامع الصغير ص ٤٩٨ حيث ذكر فيه ما نصه : وإن رمى عبدًا فأعتقه مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى . وقال محمد : عليه فضل ما بين قيمته مرميا إلى غير مرمي . اهـ . وقال الإمام الطحاوي : ولو رمى عبدًا بسهم فأعتقه مولاه ثم وقع به السهم فقتله ، فإن محمدا رضي الله عنه قال : على الرامي لمولى العبد ما بين قيمت عبد مرمي إلى قيمته غير مرمي . ولا شيء عليه سوى ذلك . وبه نأخذ . وعليه في قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه قيمته عبدًا لمولاه . انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٣٥ . وجه قول الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله : أنه يصير قاتلًا من وقت الرمي . لأن فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته . وجه قول محمد رحمه الله : أن العتق قطع السراية ، وإذا انقطعت بقي مجرد الرمي ، وهي جناية تنتقص بها قيمة المرمي إليه بالإضافة إلى ما قبل الرمي ، فيجب عليه ذلك حتى لو كانت قيمته ألف درهم قبل الرمي وثمانمائة بعده لزمه مائتان . لأن العتق قاطع للسراية . ألا ترى أن من قطع يد عبد ثم أعتقه مولاه ثم مات منه لا يجب عليه إلا أرش اليد مع النقصان الذي نقصه القطع إلى العتق ، وهو بنفس الرمي فصار جانيا عليه لأنه يوجب النقصان . ووجه قول زفر رحمه الله : أن الرمي إنما صار علة عند الإصابة . إذ الإتلاف لا يصير علة من غير تلف يتصل به . ووقت التلف المتلف حر فتجب ديته . انظر : الهداية (١٧٥/٤/ ١٧٦) والبحر الرائق (٨/ ٣٧٢) أما المالكية فقد ذهب سحنون إلى وجوب قيمة العبد . بينما ذهب ابن القاسم إلى وجوب دية الحر في هذه الحالة . قال الإمام القرافي : لو رمى عبدًا فعتق قبل الإصابة فعلى الأصلين . تجب إما دية حر أو قيمة عبد . فالعبرة عند ابن القاسم بحال الإصابة وعند سحنون بحال الرمي . انظر : الذخيرة (١٢/ ٣٣٢) .

٢٦٥١٠ - وقال الشافعي رحمه الله : ديته لورثته [١] .

٢٦٥١١ - لنا : أن المعتبر حال الرمي (على) [٢] ما بينا ، فصار كما لو جرحه ثم أعتقه [٣] . ولأن الإصابة موجبة بالرمي ، فكأنه قتله وهو عبد [٤] .

٢٦٥١٢ - ولأن الرمي وقع والجناية علة [٥] توجب ، فلا يتغير [٦] ذلك الموجب بعتقه ، كما لو رمى عبد نفسه ثم أعتقه قبل الإصابة لم يجب القصاص [٧] .

٢٦٥١٣ - احتجوا [٨] : بأن [٩] السبب حصل مع الرق والإصابة مع الحرية ، فصار [١٠] كمن حفر بئرا فوقع فيها من [١١] كان (عبدًا عند) [١٢] الحفر [١٣] .

---

(١) قال الإمام الشافعي رحمه الله : لو أن رجلًا أرسل سهما على نصراني فلم يقع به السهم حتى أسلم أو على عبد فلم يقع عليه حتى عتق فقتله لم يكن عليه قصاص . لأن غلبة السهم كانت بالإرسال الذي لا قود فيه بينهما . ولو كان وقوعه به وهو بحاله حين أرسل السهم ثم أسلم لم يقص منه وعليه دية مسلم حر في الحالتين والكفارة . ولا يكون هذا في أقل من حال من أرسل سهما على غرض فأصاب إنسانا . لأنه إنما يضمن ما جنت رميته . وكلا هذين ممنوع من أن يقصد قصده برمي . اهـ انظر : الأم (٤١/٦) . أما الحنابلة فقد ذهب أبو بكر إلى وجوب القصاص . بينما ذهب الخرقي إلى وجوب الدية وهو المذهب . ودليل أبي بكر هو القياس على ما لو قتل من يعرفه ذميًا أو عبدًا فبان قد أسلم وعتق . انظر : المحرر (١٢٦/٢) والإنصاف (٤٧٢/٩) . وبالنظر لما سبق من أقوال الفقهاء نرى أن في هذه المسألة أربعة أقوال : **القول الأول** : تجب قيمة العبد للمولى . وهو قول الإمام أبي حنيفة وصاحبه أبي يوسف رحمهما الله . وبه قال سحنون من المالكية . **والقول الثاني** : تجب قيمة الفرق بين كونه مرميًا وبين كونه غير مرمي . وهو قول محمد رحمه الله من الحنفية . **والقول الثالث** : تجب ديته لورثته . وهو قول الإمام الشافعي رحمه الله . وبه قال زفر من الحنفية وابن القاسم من المالكية . وهو المذهب عند الحنابلة . والقول الرابع : يجب القود في هذه الحالة . وهو قول أبي بكر من الحنابلة .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٣) ويمكن أن يناقش هذا القياس بأن عبد الغير يجب بقتله القصاص عندكم ، فلو اعتبرنا حالة الرمي وجب بقتله القصاص ، ولم تقولوا به في هذه المسألة .

(٤) ويمكن أن يناقش هذا القياس أيضًا بأن الواجب بقتل عبد الغير القصاص عندكم . فيجب أن يقتص منه على أصلكم .

(٥) كذا في ب و ج . وفي أ (عليه) .

(٦) في ب و ج (يعتبر) .

(٧) ويمكن أن يناقش هذا بأنه قياس مع الفارق . لأنه في مسألتنا رمى عبد الغير وقتله يوجب القصاص عندكم . وفي المقيس عليه رمى عبد نفسه وهو لا يوجب القصاص عندكم .

(٨) انظر : النكت للشيرازي وعبارته : ولأنه لو رمى إلى عبد صحيح فوقع به السهم وهو أقطع وجبت دية أقطع . فدل على أن الاعتبار بحال الإصابة . وانظر أيضًا : الذخيرة (٣٢/١٢) ، وورقة ب٢٦١ .

(٩) في ب و ج (إن) .

(١٠) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(١١) في النسخ الثلاثة (حين) .

(١٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(١٣) في ب و ج (حفر البئر) .

٢٦٥١٤ - قلنا : الوقوع قد بينا أنه غير موجب بالحفر ، فلا يستند إليه . واعتبر بحال وجوده . والإصابة موجبة بالرمي ، فإذا حصلت فكأن التلف حصل بالرمي .

• • •



حكم القود من المكره على القتل

٢٦٥١٥ - قال أبو حنيفة ومحمد [رحمهما الله] : إذا أكره [١] رجل رجلا على قتل رجل بغير حق ، فعلى الآمر القـود .

٢٦٥١٦ - وقال أبو يوسف رحمه الله : لا قود عليه [٢] .

---

(١) الإكراه لغة : بأنه الإجبار . وهو الحمل على فعل الشيء كارها . وشرعا : عرفه المرغيناني بأنه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينفي به رضاه ، أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته . انظر : طلبة الطلبة ص ٣٢٢ والهداية مع البناية ١٧٢/٨ . والإكراه نوعان : ملجئ وهو التام . وغير الملجئ وهو الناقص . والإكراه على القتل يحصل عند الحنفية بالإكراه التام . وهو الإكراه الذي يوجب الإلجاء والاضطرار طبعا كالقتل والقطع والضرب الذي يخاف فيه تلف النفس أو العضو قل الضرب أو كثر . ولا يحصل بالإكراه الناقص . وهو الذي لا يوجب الإلجاء والاضطرار وهو الحبس والقيد والضرب الذي يخاف منه التلف . وليس فيه تقدير لازم . سوى أن يلحقه منه الاغتمام البين من هذه الأشياء أي الحبس والقيد والضرب . انظر : البدائع (١٧٩/١٧٥/٧) . وقد اختلف أصحاب الإمام الشافعي رحمه الله في الإكراه على القتل بماذا يكون ، على وجهين : أحدهما : أنه يكون بكل ما كرهته النفس وشق عليها من قتل أو ضرب أو حبس أو أخذ مال ، كالإكراه على الطلاق والبيع والثاني : أنه لا يكون الإكراه على القتل إلا بالقتل أو بما يفضي إليه من قطع أو جرح . ولا يكون الضرب والحبس وأخذ المال فيه إكراها . لأن حرمة النفوس أغلظ من حرمة الأموال . فاقتضى أن يكون الإكراه على القتل أغلظ من الإكراه فيما عداه . انظر : الحاوي للماوردي (٧٦/١٢) . ولا فرق في الصحيح عند الشافعية بين أن يكون المكره الإمام أو غيره . انظر : مغني المحتاج (٩/٤) .

(٢) اتفق الفقهاء على أن القاتل الذي يقاد منه يشترط فيه باتفاق أن يكون عاقلا بالغا مختارا للقتل مباشرا غير مشارك له فيه غيره . انظر : بداية المجتهد (٣٩٦/٢) . واختلفوا في وجوب القود على كل من المكرِه والمكرَه وفي هذه المسألة تعرض الإمام القدوري رحمه الله للخلاف بين الحنفية والشافعية في وجوب القود على المكرِه فقط وأفرد مسألة أخرى للكلام في الخلاف في وجوب القود على المكرَه . في بداية المسألة ذكر الإمام القدوري قول الإمام والصاحبين . وهو موافق لما هو موجود في كتب الحنفية . انظر : مختصر الطحاوي (٤٠٩/ ٤١٠) وتحفة الفقهاء (٤٦٢/٣) والبدائع (١٧٩/٧) . ولم يذكر الإمام القدوري رحمه الله رأي زفر من الحنفية فقد ذكر الإمام الطحاوي والكاساني أن زفر رحمه الله لا يرى القصاص على المكرِه . انظر : مختصر الطحاوي ص ٤٠٩ والبدائع ١٧٩/٧ ، بينما ذكر صاحب البناية روايتين عنه أحدهما ما ذكره الطحاوي والكاساني . وفي الرواية الأخرى يرى القصاص على المكره . انظر : البناية مع الهداية (١٩٧/١٩٤/٨) . وبقول الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه بالنسبة للمكرِه قالت المالكية . فيقتل المكرِه لتسببه والمكره لمباشرته . انظر : الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي (٢٤٤/٤) وبداية المجتهد (٣٩٦/٢) . وهو قول الحنابلة . قال ابن قدامة : أن يكره رجلًا على قتل رجل آخر فيقتله ، فيجب القصاص على المكره والمكره جميعًا .

٢٦٥١٧ - وبه قال الشافعي (١) رحمه الله .

٢٦٥١٨ - لنا : ما روي أن [رجلا] (٢) أسود بعثه أبو بكر (٣) رضي الله عنه مع يعلى بن مُنْيَة (٤) رضي الله عنه إلى الشام فعاد أقطع ، فقال أبو بكر رضي الله عنه : ما شأنك ، قال : إن يعلى بن منية اتهمني بسرقة فريضة من فرائض الصدقة . فقال : « لو علمت أنه ظلمك قطعت يده » . وروي أنه قال : « لو علمت أنه تعمد بذلك

(١) ما نسبه الإمام القدورى هنا للإمام الشافعي يخالف ما قال الإمام الشافعي رحمه الله حيث قال ما نصه : ولو علم أنه أمره بقتله ظلما ، ولكن الوالي أكرهه عليه لم يزل عن الإمام القود بكل حال في الأم (٤٤/٦) . ويخالف أيضًا ما قاله الشيرازي : وإن أكرهه رجل على قتل رجل بغير حق فقتله ، وجب القود على المكرِه . لأنه تسبب إلى قتله بمعنى يفضي إلى القتل غالبًا ، فأشبه إذا ما رماه بسهم . انظر : المهذب (١٧٧/٢) . وانظر كذلك : تحفة المحتاج (٣٨٨/٨) . وهذا هو ما صح عن الإمام الشافعي رحمه الله وعن مذهب الشافعية خلافًا لما ذكره الإمام القدورى رحمه الله . ولكن هناك قول آخر ضعيف عند الشافعية ذكره الخطيب الشربيني فقال : وقيل لا قصاص على المكرِه بكسر الراء . لأنه متسبب ، بل على المكرَه بفتحها فقط . لأنه مباشر والمباشرة مقدمة . انظر : مغني المحتاج (٩/٤) . فعلى هذا يمكن القول إن الشافعية عندهم قولان . وما ذكره الإمام القدورى عن الإمام الشافعي رحمه الله إنما هول قول ضعيف عنه . وفي القول الآخر الذي لم يذكره القدورى يوافق الإمام الشافعي مع الإمام أبي حنيفة رحمهما الله في وجوب القود على المكرِه . وبالنظر لما سبق من أقوال المذاهب يمكن القول إن الفقهاء قد اختلفوا في وجوب القود على المكره على قولين : **القول الأول** : يجب على المكرِه القود . وهو قول الإمام أبي حنيفة ومحمد . وهو قول زفر في رواية عنه والإمام مالك والإمام الشافعي على الصحيح وهو مذهب الإمام أحمد . **والقول الثاني** : لا يجب على المكره القود . وهو قول الإمام أبي يوسف . وروي ذلك عن زفر . وهو قول ضعيف عند الشافعية .

(٢) ما بين المعكوفين ليست في النسخ الثلاثة . والظاهر أنها ساقطة منها . وقد أثبتناه بناء على ما ذكر في كتب الآثار .

(٣) الصحابي الجليل عبدالله بن عثمان بن عامر بن كعب القرشي التيمي ، أبو بكر الصديق . ابن أبي قحافة . ولد بعد الفيل بسنتين وستة أشهر . وصحب النبي صلى الله عليه وسلم قبل البعثة . وكان من السابقين إلى الإسلام . ورافقه النبي صلى الله عليه وسلم في الهجرة إلى المدينة المنورة . ورضيه المسلمون خليفة لرسول الله صلى الله عليه وسلم . وهو أحد المبشرين بالجنة . توفي رضي الله عنه سنة ١٣ من الهجرة بالمدينة . وهو ابن ثلاث وستين سنة . ودفن في بيت عائشة رضي الله عنها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم . انظر : الاستيعاب (١٧٧/٤) ترجمة ٢٩٠٦ وتهذيب الكمال (٢٨٢/١٥) ترجمة ٣٤١٨ وحلية الأولياء (٣٨/٢٨/١) .

(٤) يعلى بن أبي عبيدة بن همام بن الحارث التميمي . أبو خلف ، ويقال : أبو خالد . وهو يعلى بن مُنْيَة وهي أمه . ويقال جدته . أسلم يوم فتح مكة . وشهد الطائف وحنينا وتبوك مع رسول الله صلى الله عليه وسلم . وروى له أحاديث . كان عامل عمر بن الخطاب على نجران وكان من أسخياء الصحابة . قيل أنه قتل بصفين . انظر : طبقات ابن سعد (٤٥٦/٥) وتهذيب الكمال (٣٧٣/٣٢) ترجمة (٧٧١٠) .

لقطعت يده » [1] . والأمير (قد) [2] يقطع بنفسه ، وقد يأمر بذلك . والأغلب أنه يأمر بقطع (السراق) [3] ولا يباشره ، فلما لم يفصل أبو بكر [ﷺ] دل على أن القصاص واجب على الأمير الظالم بكل حال .

٢٦٥١٩ - وروي عن عمر [4] [ﷺ] أنه بعث جيشا إلى الغزو ، فانتهوا إلى ماء في يوم بارد ، فأمر أميرهم واحدا منهم أن يخوض في الماء يطلب لهم (مخاضا) [5] في الماء ، فأبى الرجل ذلك ، فأكرهه الأمير على ذلك ، فلما شرع في الماء مات ، فكتب إليه عمر : « لولا أن يكون [سنة] [6] لأخذتك به » [7] .

٢٦٥٢٠ - وهذا يدل على أن القود عنده على المكرِه . وقوله : [8] لولا أن يكون (سنة) [9] .

٢٦٥٢١ - لأنه حمل أمره على أنه لم يقصد هلاكه ، بل غلب على ظنه أنه يَسلم ، فأسقط القود بهذه الشبهة [10] .

٢٦٥٢٢ - فإن (قيل) [11] : عندكم من غرق رجلًا لم يجب عليه

---

(١) أخرجه الإمام البيهقي في السنن الكبرى (٤٩/٨) ولفظه : والله لئن كنت صادقا لأقيدنك به . وأخرجه كذلك عبد الرزاق وذكر أن الرجل الأسود اسمه جبر أو جُبير . انظر : مصنف عبد الرزاق (١٨٩/١٨٧/١٠) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٣) كذا في أ . وهو جمع سارق . وفي ب و ج (السارق) .

(٤) سبق ترجمته .

(٥) كذا في ج . وفي أ و ب (مخاض) . والمخاض : موضع خوض في الماء أي دخول فيه . انظر : طلبة الطلبة ص ٣٢٣

(٦) في أ (شبهة) . وهو ساقط من ب و ج . والصواب ما أثبتناه بناء على رواية الأثر .

(٧) أخرجه الإمام البيهقي . انظر : السنن الكبرى ٣٢٢/٨ كتاب الأشربة والحد فيها . باب السلطان يكره رجلًا على أن يدخل نهرا أو ينزل بئرا أو يرقى نخلة . وفيه : قال عمر : لولا أن تكون سنة لضربت عنقك . اذهب فاعط ديته ، وأخرج فلا أراك .

(٨) قوله : لولا أن تكون - إلى آخر قوله - وقوله . ساقط من ب وج .

(٩) في النسخ الثلاثة (شبهة) والصواب ما أثبتناه بناء على رواية الأثر .

(١٠) قال الإمام السرخسي في الاستدلال بهذا الأثر : إنما أمره الأمير بهذا على غير إرادة قتله بل ليدخل الماء فينظر لهم مخاضة الماء . فضمنه عمر ﷺ ديته . فكيف بمن أمره وهو يريد قتله بذلك ، ثم قال : وفيه دليل على أنه يجب القود على المكرِه ، وأنه يجب بغير السلاح . ومعنى قوله : أن يكون سنة يعني في حق من لا يقصد القتل ويكون مخطئا في ذلك . فهو تنصيص على أنه إذا كان قاصدا إلى قتله بما لا يلجئه فإنه يستوجب القود . انظر : المبسوط (٦٨/٢٦) .

(١١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

القصاص [١] .

٢٦٥٢٣ - قلنا : إذا كان من مذهب (عمر) [٢] [ﷺ] أنه يقتل المكرِه بالغرق ، فلأن يقتله إذا أكره على قتله بالسيف أولى .

٢٦٥٢٤ - ولأن فعل المكرَه ينتقل إلى المكرِه فيصير كأنه الفاعل (له) [٣] ، بدلالة أنه لو أكره على إتلاف مال ضمنه ، فصار كأن المكرِه أخذ بيد المأمور وفيها (السيف) [٤] فضربه بها وإن شئت (قلت) [٥] : إنه ألجأه بأقوى أسباب الإلجاء (فانتقل فعله إليه .

٢٦٥٢٥ - ولا يلزم إذا أكرهه على الزنا ، لأن عندنا لا يتصور الإكراه ، لأن المباشر مختار للفعل .

٢٦٥٢٦ - ومن أصحابنا من احترز فقال : ألجأه بأقوى أسباب الإلجاء) [٦] على فعل يصح أن يكون فيه آلة لغيره ، فانتقل (فعله) [٧] إليه ، كما لو أكره على إتلاف المال .

٢٦٥٢٧ - ولا يلزم المكرَه على الزنا ، لأن الإنسان لا يصح في الزنا أن يكون آلة لغيره . ويصح أن يكون في القتل (آلة لغيره) [٨] بأن أخذ بيده فضرب بها (إنسانا) [٩] .

٢٦٥٢٨ - ولا يلزم إذا أكره على الطلاق ، لأنا قلنا : فعل المكرَه ينتقل ، والطلاق قول وليس بفعل . والفرق بينهما من طريق (المعنى) [١٠] أن الإنسان يكون فاعلًا بيد غيره ، ولا يكون متكلمًا بكلام غيره ، (ولهذا) [١١] لم ينتقل الطلاق والعتاق إلى المكرِه .

٢٦٥٢٩ - ولأنه لو أكرهه على قتل من لا يجب بقتله القصاص ، كان الضمان على الآمر دون المأمور . والقتل بالسيف يجب القصاص فيه على من يجب على عاقلته

---

(١) ومما يجدر الإشارة إليه هنا أن التغريق بالماء الكثير عند أبي حنيفة ﷺ قتل شبه عمد . لأنه كالقتل بالمثقل . وعند الصاحبين هو قتل عمد موجب القود . لأنه مما يقتل غالبًا ، واستعماله دليل العمدية . فلو كان الماء قليلا لا يقتل غالبًا أو عظيما يمكن النجاة منه بالسباحة والملقي بالماء يحسن السباحة ، فالقتل شبه عمد باتفاق الحنفية . انظر : المبسوط لمحمد بن الحسن (٥٠٨/٤) والدر المختار (٣٨٥/٥) وملتقى الأبحر (٢٨٧/٢) .

(٢) كذا في أ و ب ، وهو ساقط من ج .

(٣) كذا في ب و ج ، وهو ساقط من أ .

(٤) في ب و ج (سيف) .

(٥) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٦) قوله : فانتقل فعله - إلى آخر قوله - أسباب الإلجاء ساقط من ب و ج .

(٧) كذا في أ ، وفي ب و ج (قوله) .

(٨) كذا في أ ، وفي ب (آية لغير) وفي ج (آلة لغير) .

(٩) في ب و ج (الإنسان) .

(١٠) في ب و ج (والمعنى) .

(١١) في ب و ج (فلهذا) .

إذا كان القتل شبه العمد ، أصله المباشرة .

٢٦٥٣٠ - ولأن المكرِه [صرف] [١] المأمور على اختياره ، فصار كما لو أخذ يده فضرب بها غيره .

٢٦٥٣١ - احتج أبو يوسف [٢] [رحمه الله] بأن الإكراه [لا] [٣] (يؤثر في إباحة الفعل ، بدلالة أن المأمور لا يجد له بدا أن يقتل ، فلما لم يؤثر في الإباحة دل على أنه لا حكم له ، فلم ينتقل الفعل إلى الآمر . وهذا يخالف الإكراه على إتلاف المال ، لأن الإكراه) [٤] إباحة المأمور بالإكراه فانتقل فعله إلى الآمر [٥] .

٢٦٥٣٢ - (قلنا) [٦] : المضطر إلى طعام غيره قد (أثرت) [٧] الضرورة في إباحة الإتلاف ولم (ينتقل) [٨] فعله (عنه) [٩] ، حتى سقط الضمان عنه . ولو أكره المولى رجلٌ على عتق عبده لم يؤثر إكراهه في إباحة [الفعل] [١٠] و (ينتقل) [١١] الفعل عنه حتى لم (يلزمه) [١٢] الضمان . وبمثله لو أكرهه على إتلاف مال له سوى الآدمي [١٣] حل له إتلافه ، وانتقل فعله في سقوط الضمان ، فدل على أن انتقال الفعل ليس له تعلق بالإباحة والحظر . و [لو] [١٤] أنه اضطر إلى طعام غيره (حل) [١٥] له تناوله (ووجب الضمان) [١٦] .

٢٦٥٣٣ - ولو اضطر إلى إتلاف نفس غيره لم يحل له ذلك ووجب الضمان ، فدل على أن الإباحة والحظر ليست المؤثرة في إيجاب الضمان وسقوطه . ولأنه يجوز أن

---

(١) في النسخ الثلاثة (ضرب) ، والصواب ما أثبته .

(٢) سبق ترجمته .

(٣) ما بين المعكوفين ليست في النسخ الثلاثة . والظاهر أنه ساقط منهما . وقد أثبتناه حتى يستقيم الكلام .

(٤) قوله : يؤثر في الإباحة - إلى آخر قوله - لأن الإكراه ساقط من ب و ج .

(٥) هذا الدليل للإمام أبي يوسف إنما هو عبارة عن بيان وجود فرق بين الإكراه على القتل وبين الإكراه على إتلاف المال . ففي الإكراه على القتل لم يؤثر الإكراه في إباحة القتل من حيث كونه صارفا عن الاختيار . فلم يفقد المكره اختياره فأثم بالقتل . ومعنى هذا أن الإكراه في حكم المعدوم فلا ينتقل فعل المكرَه إلى المكرِه . وأما في إتلاف المال فقد أثر الإكراه في إباحة الإتلاف ، فلم يأثم المكرَه بالإتلاف . فانتقل فعل المكرَه إلى المكرِه .

(٦) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٧) في ب وج (أمرت) .

(٨) في ب و ج (ينقل) .

(٩) كذا في ج . وفي أ و ب (علة) وهو تحريف .

(١٠) ما بين المعقوفين في النسخ الثلاثة (القتل) .

(١١) في ب (يقبل) .

(١٢) كذا في ب و ج . وفي أ (يلزم) .

(١٣) أي سوى العبيد . لأن العبد آدمي وهو مال .

(١٤) ما بين المعقوفين في النسخ الثلاثة (لولا) .

(١٥) في ب و ج (حد) .

(١٦) ما بين القوسين ساقط من ج .

يضطر (ولا) [١] تبيحه الضرورة أن يفدي نفسه (بغيره) [٢] ، وإن وجب القصاص على غيره ، كالمرمي إذا تترس بغيره فإن جَرَحَه لم يبح ذلك وهو آثم ، وإن كان القصاص يجب على الرامي دونه ، كذلك في مسألتنا .

٢٦٥٣٤ - قالوا : الإكراه [سبب] [٣] فلم يجب به القصاص كحفر البئر وشهادة الزور [٤] .

٢٦٥٣٥ - قلنا : عند أبي يوسف [رحمه الله] المكرِه يحرم الميراث . (وتجب) [٥] عليه الكفارة عنه إذا كان القتل لا قصاص (فيه) [٦] فلو كان سببًا لم تجب الكفارة ولم يحرم الميراث [٧] . ولو كان سببا لم يحل للمأمور و (للمقتول) [٨] قتله إذا قويا على ذلك ، كما لا يحل (للمشهود) [٩] عليه قتل (الشهود) [١٠] .

٢٦٥٣٦ - قالوا : الآمر والمأمور قد اشتركا في القتل ، لأن المأمور مباشر والآمر ملجئ . والمشتركان إذا سقط القصاص عن أحدهما سقط عن الآخر ، كالخاطئ

---

(١) في ب و ج (فلا) . (٢) في ب و ج (لغيره) .

(٣) في أ (ثبت) وفي ب و ج (ثبت) .

(٤) حيث ذكر الإمام الكاساني دليل الإمام أبي يوسف رحمه الله فقال : إن المكرِه ليس بقاتل حقيقة ، بل هو مسبب للقتل . وإنما القاتل هو المكرَه حقيقة . ثم لما لم يجب القصاص عليه ، فلأن لا يجب على المكرِه أولى انظر : البدائع (١٧٩/٧) . حيث جاء فيه : فيقتل المكرِه بالكسر لتسببه وانظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٤٤/٤) . وعبارته : وقيل لا قصاص على المكره بكسر الراء لأنه متسبب وانظر : مغني المحتاج (٩/٤) . وعبارة ابن قدامة فيه : ولنا على وجوبه على المكرِه أنه تسبب إلى قتله بما يفضي إليه غالبًا ، فأشبه ما لو ألسعه حية أو ألقاه على أسد في زبية وانظر : المغني والشرح الكبير (٣٣١/٩) . ومما يذكر أن القتل بالتسبب لا يوجب القصاص عند الحنفية . وذلك مثل حفر بئر على قارعة الطريق ، فيقع فيها إنسان فيموت . لأن الحفر قتل بالسبب لا بالمباشرة . كما لا قصاص على شهود الزور إذا رجعوا عن شهادتهم بعد قتل المشهود عليه . فاستدل على عدم قتل المكرِه بقياسه على عدم قتل حافر البئر وشاهد الزور بجامع التسبب في كل . انظر : البدائع (٢٣٩/٧) وتبيين الحقائق (١٠٢/٦) . (٥) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٦) في ب و ج (عليه) .

(٧) والقتل بسبب لا يوجب القود ولا يحرم الميراث ولا يوجب الكفارة عند الحنفية . انظر : تبيين الحقائق (١٠٢/٦) وحاشية ابن عابدين (٤٨٩/٥) . لأن القتل الذي يمنع الإرث هو الذي يتعلق به وجوب القصاص أو الكفارة . وما لا يتعلق به واحد منهما كالقتل بسبب أو بقصاص لا يوجب الحرمان . لأن حرمان الإرث عقوبة ، فيتعلق بما تتعلق به العقوبة وهو القصاص أو الكفارة . انظر : تبيين الحقائق (٢٤٠/٥) .

(٨) في ب و ج (للمقتولة) . (٩) في ب و ج (للشهود) .

(١٠) كذا في ج . وفي أ و ب (المشهود) .

والعامد والأب والأجنبي [١] .

٢٦٥٣٧ - قلنا : المأمور آلة وليس بمشارك ، بدلالة أنه لا يحرم الميراث ولا يشارك في الكفارة والدية .

٢٦٥٣٨ - قالوا : المأمور قام مقام الآمر ، والقصاص لا يجب بما يقوم مقام الغير ، كالشهادة على الشهادة [٢] .

٢٦٥٣٩ - قلنا : المأمور ليس (بنائب) [٣] ، لكنه آلة الآمر ، والقصاص يجب بالآلات .

* * *

(١) إذا اشترك الخاطئ والعامد ، والأب والأجنبي في قتل الابن لا قصاص عليهما عند الحنفية . انظر : البدائع (٢٣٥/٧) . وقد ذكر الإمام القدوري رحمه الله الخلاف فيها بين الحنفية والشافعية في مسألة رقم ١٩

(٢) هذا القياس قائم على أن المكره قائم مقام المكرِه في تنفيذ الجريمة . فلا يجب على المكره القصاص كما لا يجب القصاص بالشهادة على الشهادة . فعند الحنفية لا تجوز في القصاص الشهادة على الشهادة . انظر : المبسوط لمحمد بن الحسن (٤٧٢/٤) .

(٣) في ب و ج (بناب) .



مسألة ١٣٠٩

حكم القود من المكرَه على القتل

٢٦٥٤٠ - قال أصحابنا [(١)] رحمهم الله : لا قصاص على المأمور (المكرَه) [(٢)] .

٢٦٥٤١ - وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله . وقال في القول [(٣)] الآخر : عليه القصاص [(٤)] .

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ٤٠٩ وتحفة الفقهاء (٤٦٢/٣) .
في هذه المسألة تعرض الإمام القدوري للمكرَه هل يقاد منه أم لا ، ويفهم من عبارة الإمام القدوري أن عدم وجوب القود على المكرَه محل اتفاق عند الحنفية . ولعله أراد بقوله أصحابنا الإمام وصاحبيه . وبالرجوع إلى كتب المذهب الحنفي نرى أن زفر رحمه الله روي عنه ما يخالف قول الإمام وصاحبيه . فقد ذكر صاحب البدائع أن زفر يرى أنه يجب القصاص على المكرَه دون المكرِه . وجه قول زفر رحمه الله : أن القتل وجد من المكرَه حقيقة حسًا ومشاهدة . وإنكار المحسوس مكابرة . فوجب اعتباره منه دون المكرِه . إذ الأصل اعتبار الحقيقة لا يجوز العدول عنها إلا بدليل . وقد ذكر صاحب البناية على الهداية روايتين عن زفر رحمه الله كلتا الروايتين توجب القود على المكرَه . انظر : البدائع (١٨٠/١٧٩/٧) والبناية على الهداية (١٩٧/١٩٤/٨) .

(٢) كذا في أ ، في ب و ج (والمكره) . (٣) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٤) قال الإمام الشافعي رحمه الله : وفي المأمور المكره قولان : أحدهما : أن عليه القود . لأنه ليس له أن يقتل أحدًا ظلمًا . إنما يطلل الكره عنه فيما لا يضر غيره . والآخر : لا قود عليه للشبهة وعليه نصف الدية والكفارة . اهـ انظر : الأم (٤٤/٦) . والقول الأول الذي يوجب القود على المكرَه هو أظهر القولين . انظر : التحفة (٣٨٩/٨) . وذهب المالكية والحنابلة إلى وجوب القود على كل من المكرِه والمكرَه كما ذكرنا في المسألة السابقة . انظر : بداية المجتهد (٣٩٦/٢) والمغني والشرح الكبير (٣٣٠/٩) . ومما سبق من أقوال الفقهاء نرى أنهم اختلفوا في وجوب القود على المكرَه على قولين : أحدهما : لا يجب عليه القود . وهو قول الإمام أبي حنيفة والصاحبين رحمهم الله . وهو أحد قولي الإمام الشافعي رحمه الله . والثاني : يجب القود على المكرَه . وهو أظهر القولين للإمام الشافعي رحمه الله . وبه قال الإمام مالك والإمام أحمد رحمهما الله . وروى ذلك عن الإمام زفر بن الهزيل من الحنفية . وقد استدل الإمام أبو حنيفة وصاحباه رحمهم الله على ما ذهبوا إليه بما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « عفوت عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ذكر هذا الدليل صاحب البدائع وقال في وجه الاستدلال به : وعفو الشيء عفو عن موجبه ، فكان موجب المستكره عليه معفوًا بظاهر الحديث . انظر : البدائع (١٧٩/٧) . والاستدلال بهذا الحديث لم يذكره الإمام القدوري رحمه الله . ولعله لم يذكرها ؛ لأن الاستدلال به على المدعى فيه ضعف فقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث ورد عليه بأنه محمول على ما اختص بحقوق الله تعالى دون حقوق الآدميين . وحمله بعضهم على غير القتل . انظر : الحاوي للماوردي (٧٥/١٢) وكشاف القناع للبهوتي (٨/ ٢٨٦٩) . ويؤيد هذا الرد كون المكرَه على القتل آثمًا بالقتل بالاتفاق . ولو كان المكرَه معفوًا لما كان آثمًا بالقتل .

٢٦٥٤٢ - لنا : أن معه علم ظاهر دل على فقد الاختيار ، فصار كمن رمى غرضًا فأصاب إنسانًا [(١)] . ولا معنى لقولهم : إن هناك لا مأثم عليه [(٢)] . لأنه لو رمى وهو لا يأمن أن يصيب آدميًا فهو آثم ولا قصاص عليه . ولا يلزم إذا قتله للجوع ؛ لأن ذلك ليس بعلم ظاهر .

٢٦٥٤٣ - ولأنه معنى يوجب القتل يؤثر فيه عدم (القصد) [(٣)] فوجب أن يؤثر فيه الإكراه ، أصله الردة [(٤)] .

٢٦٥٤٤ - ولأن الآمر صرف المأمور بإكراهه على اختياره ، فلم يلزمه قصاص ، كما لو أخذ بيده وفيها سيف فضرب بها [(٥)] .

٢٦٥٤٥ - ولأن فعل المكره المأمور ينتقل إلى الآمر حتى يصير كالفاعل له ، بدلالة وجوب القصاص عليه . وبدلالة المكره على البيع . بدليل أنه لو أكره رجلًا على قطع يد نفسه ، وجب القصاص للمأمور على الآمر . وإذا انتقل الفعل لم يجب القصاص على المأمور ، كما لا يجب عليه [(٦)] إذا أخذ بيده فضرب غيره .

٢٦٥٤٦ - فإن قيل : وجوب القصاص على الآمر لا يدل على انتقال الفعل . لكن يدل على أنه مشاركة في القتل فيجب القتل عليهما ، كوجوب القتل عندكم على قاطع الطريق و [الرِدْء] [(٧)] ، يجب الضمان في الصيد على القاتل والدال [(٨)] .

---

(١) اتفقت المذاهب الأربعة على أن من رمى غرضًا فأصاب إنسانًا فهو قتل خطأ لا قصاص فيه ولا إثم . انظر : ملتقى الأبحر (٢٨٤/٢) والكافي لابن عبد البر ص ٥٩٤ وإخلاص المناوى (١٠/٤) والمغني والشرح الكبير (٣٣٨/٩) .

(٢) هذا إشارة إلى اعتراض المخالف على قياس الحنفية على القتل الخطأ بأنه قياس مع الفارق . قال الشيرازي : المخطئ غير قاصد إلى القتل وهذا قاصد . ولهذا لا يأثم هناك ، ويأثم هاهنا . انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٥ .

(٣) في ب و ج (الفصل) .

(٤) نوقش القياس على الردة بأن هناك سقط المأثم مع عظمها ولا تسقط هاهنا . انظر : النكت . المصدر السابق .

(٥) نوقش هذا القياس أيضًا . قال الماوردي : وقولهم إن الإكراه قد نقل حكم المباشرة عن المأمور إلى الآمر فليس بصحيح ، بل تعدى عن المأمور إلى الآمر . والفعل إذا تعدى حكمه إلى غير الفاعل كان أولى أن يؤاخذ به الفاعل . لأن تعديه لفضل قوته . انظر : الحاوي للماوردي (٧٥/١٢) وقال ابن قدامة : وقولهم إن المكره ملجأ غير صحيح . فإنه متمكن من الامتناع ؛ ولذلك أثم بقتله وحرم عليه . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٣١/٩) .

(٦) زيادة من ب و ج .

(٧) في النسخ الثلاثة (والرد) بدون همزة . والصحيح ما أثبتناه . والرِدْء : المعين الناصر ، والجمع أرداء . انظر : المعجم الوسيط (٣٤٩/١) مادة ردأ .

(٨) انظر : النكت للشيرازي وعبارته : لو نقل المأثم كان وجوب القود على المكرَه للمشاركة لا للنقل ، كما *

٢٦٥٤٧ - قلنا : الإكراه لو لم [ينقل] [١] الفعل لم يجب على الآمر قصاص ، كمن أمر بغير تهديد . وعكسه المكرِه على إتلاف المال يختص بالضمان ولا يصير كالمشارك . فأما [الرِدْءُ] [٢] فلم ينتقل إليه الفعل ، لكنه مشاركه (فيه) [٣] [كالردء] [٤] في الغنيمة . والدال على الصيد يضمنه ، لأنه سبب يختص بالإتلاف لا (للمشاركة) [٥] .

٢٦٥٤٨ - ولأنه سبب ظاهر يمنع لزوم البيع [٦] ، فمنع وجوب القصاص أصله الجنون والصغر [٧] .

٢٦٥٤٩ - ولأنه قتل (ليستبقي) [٨] نفسه من خوف القتل ، فصار كما لو قصده فقتله دفعًا .

٢٦٥٥٠ - فإن قيل [٩] : هناك أبيح له القتل ، وهاهنا (محظور) [١٠] عليه (القتل) [١١] .

٢٦٥٥١ - قلنا : إذا أكره على قتل عبد الآمر فهو آثم في القتل (ولا) [١٢] ضمان . ولو أكرهه على الزنا فهو آثم ولا حد عليه عند مخالفنا . والمأمور بإتلاف المال لا ضمان عليه ولا إثم عليه ، فدل على أن (الإثم) [١٣] ليس يتعلق بإيجاب الضمان وإسقاطه .

٢٦٥٥٢ - ولأنه مكره على القتل فلم يلزمه قصاص ، كالمسلم إذا أكره على قتل ذمي [١٤] .

٢٦٥٥٣ - ولأن من لا يلزمه القصاص بقتل الذمي لا يلزمه بقتل المسلم أصله الصبي [١٥] .

= قالوا في إيجاب الجزاء على الدال بقتل الصيد ، والحد على الرِّدء في قطع الطريق ورقة أ ٢٥٥ .

(١) في النسخ الثلاثة (يفعل) . (٢) في النسخ الثلاثة (الرد) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج . (٤) في النسخ الثلاثة (كالرد) .

(٥) في ب و ج (للمشارك) .

(٦) إذا أكره الرجل على بيع ماله أو شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بألف أو يؤاجر دابته ، فأكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشترى ، فهو بالخيار . إن شاء أمضى البيع ، وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع . انظر : نتائج الأفكار (٢٣٣/٩) .

(٧) ويمكن أن يناقش هذا القياس بأنه قياس مع الفارق . لأنه لا خلاف في أن المكرَه على القتل يأثم . والمجنون والصبي لا يأثم . (٨) في ب (ليبقي) .

(٩) وعبارته : وقياسهم على قتله دفعًا عن نفسه منتقض بأكله من الجوع . ثم المعنى في المدفوع أنه قد أباح نفسه بالطلب ، فصار مقتولا بحق . وهذا مقتول بظلم فافترقا انظر : الحاوي للماوردي (٥٧/١٢) .

(١٠) في ب و ج (محصور) . (١١) في ب و ج (الفعل) .

(١٢) في ب و ج (فلا) . (١٣) في ج (المأثم) .

(١٤) ويمكن أن يجاب عن هذا القياس بأن هناك قتل مسلم مسلما . وهنا قتل مسلم ذميا . ولا يقتل المسلم بالذمي .

(١٥) ويمكن أن يناقش هذا القياس بأن الصبي مرفوع عنه القلم . والمكرَه آثم بالقتل فافترقا .

٢٦٥٥٤ - احتجوا [١] : بالظواهر الدالة على وجوب القصاص (قوله تعالى) [٢] : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ [٣] وقوله : ﴿ وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ ﴾ [٤] وقوله ﷺ [٥] : « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : قتل نفس بغير نفس » [٦] .

٢٦٥٥٥ - الجواب : أن المراد بذلك القتل العمد بغير شبهة ، وهذا غير مسلم في مسألتنا . ولأن الظواهر تدل على وجوب القصاص على القاتل ، وقد اختلفنا في القاتل ، فعندنا أنه الآمر ، وعندهم الآمر والمأمور [٧] .

٢٦٥٥٦ - قالوا : قتل من يكافئه لإحياء نفسه ظلمًا (فلزمه القصاص) [٨] ، كمن اضطر إلى غيره من الجوع فقتله وأكله . وربما قالوا : توصل إلى استبقاء نفسه بقتل من يكافئه ظلمًا ، فوجب أن يجب عليه القصاص . وربما قالوا : قتله ظلمًا لاستبقاء نفسه ، فكان حكمه كما لو ابتدأ قتله . قالوا : وعلى هذا الجماعة إذا خافوا في السفينة الغرق فألقوا بعضهم في الماء ، (و) [٩] كمن قصدهم سبع فألقوا إليه أحدهم . [١٠]

٢٦٥٥٧ - قلنا : قولكم إنه قتل لاستبقاء نفسه ليس بصحيح ، لأنه لا يعيش بقتله . وإنما يعيش بأكله [١١] . ولأن الجوع لا يؤثر في البيع ، بدلالة أن من اضطر إلى طعام (غيره) [١٢] فلم يتمكن من أخذه منه فابتاعه (نفذ) [١٣] البيع ، ولو أكره على الابتياع لم ينفذ البيع ، فدل على اختلاف الإكراه والجوع . ولأن الضرورة في الجائع ليس معها علم ظاهر ، وإنما يعلم حاله بقوله . والإكراه علم ظاهر يدل عليه فقد الاختيار . وبهذا المعنى (يسقط) [١٤] ضمان الأموال عن المأمور المكره ، ولا يسقط عن المضطر إلى الأكل .

---

(١) قال الماوردي : ودليلنا قوله تعالى : ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا ﴾ ولأنه عمد انظر : الحاوي (٧٤/١٢) .

(٢) في أ (قوله) وفي ب و ج (وقوله تعالى) .

(٣) سورة المائدة : الآية ٤٥ .

(٤) سورة البقرة : الآية ١٧٩ .

(٥) في ب و ج (ﷺ) .

(٦) الحديث سبق تخريجه . انظر : ص ٥٤ .

(٧) ويمكن أن يناقش جواب الإمام القدوري رحمه الله عن الاستدلال بظواهر النصوص السابقة بأن القتل وجد من المكره حقيقة وحسا ومشاهدة . وقرر الشرع حكمه عليه وهو الإثم . فوجب اعتباره قاتلا يجب القصاص منه .

(٨) في ج (فوجب أن يجب عليه القصاص فلزمه القصاص) ولعله من خطأ النساخ .

(٩) ساقط من ب و ج .

(١٠) انظر : الحاوي (٧٤/١٢) . وانظر كذلك بداية المجتهد (٣٩٦/٢) والمغني والشرح الكبير (٣٣١/٩) .

(١١) أجيب هذا بأن المكره إنما قتله عند الإكراه ظنا منه أن في قتله نجاة نفسه وخلاصه من شر المكره . فأشبه القاتل في المخمصة ليأكله . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٣١/٩) .

(١٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(١٣) في ج (يفسد) .

(١٤) في ب و ج (سقط) .

٢٦٥٥٨ - فإن قيل : الجوع معه علم ظاهر إذا شاهدناه و (قد) [١] بقي مدة لا يأكل شيئا .

٢٦٥٥٩ - قلنا : هذا يدل على (الجوع) [٢] ولا يدل أنه بلغ إلى خوف (حال) [٣] التلف . ولأن ضرورة الجوع من فعل الله تعالى ، فإذا انضمت إلى فعل القاتل لم يسقط عنه القصاص ، كالسراية التي (تنضم) [٤] إلى الجراحة . وليس كذلك فعل الآمر ، لأنه فعل آدمي . ويجوز أن (ينضم) [٥] إلى فعل القاتل فعل (آدمي) [٦] (يسقط) [٧] عنه القصاص ، (كاشتراك) [٨] الخاطئ والعامد ، وكمن أكره عبدا على قتل عبد نفسه ، وكما لو أكرهه على أن يقتل نفسه أعنى نفس الآمر . ولأن المضطر إلى قتل غيره (ليأكله) [٩] يقدر أن يدفع ضرورته بدون ذلك ، وهو أن يأكل طرفًا من أطراف نفسه ، [١٠] فصار كمن قتله وهو يجد غيره ، وكما لو قتله دفعًا عن نفسه وهو يقدر أن يدفعه بغير القتل . وفي مسألتنا مثله لو قدر على أن يمانع الآمر أو يقتله ولم يفعل وقتل المأمور (وجب) [١١] عليه القصاص .

٢٦٥٦٠ - قالوا : قتل عمدًا من يكافئه بوجه لا عذر له فيه ، فإذا كان من أهل الضمان (كان) [١٢] عليه القود كما لو قتله ابتداء [١٣] .

٢٦٥٦١ - قلنا : لا نسلم أنه غير معذور . هناك (عذر) [١٤] ، إلا أنه لا يبيح ، كما أن الجائع معذور وإن لم يستبح الأكل بعذره ، ولا نسلم لهم العمد ، لأنه (ملجئ) [١٥] . فلا يوصف بالاعتماد . والمعنى في القاتل ابتداء أنه لم (يقارن) [١٦]

---

(١) كذا في أ ، وهو ساقط من ب و ج .
(٢) ما بين القوسين ساقط من ج .
(٣) ما بين القوسين ساقط من ج .
(٤) كذا في أ و ج ، وفي ب (تنظم) .
(٥) كذا في أ و ج ، وفي ب (ينظم) .
(٦) في ب و ج (من آدمي) .
(٧) في ب و ج (سقط) .
(٨) ما بين القوسين ساقط من ج .
(٩) كذا في ب و ج . وفي أ (بأكله) .
(١٠) أجاب الشيرازي عن هذا بقوله : نقيس على من لا يمكنه أن يقطع من لحمه . انظر : النكت ورقة أ ٢٥٥ .
(١١) كذا في ب و ج . وفي أ (يوجب) .
(١٢) في ج (وجب) .
(١٣) وعبارته : لأنه لا عذر له في إحياء نفسه بقتل غيره . لأن حرمة غيره مثل حرمة نفسه . فلم يكن إحياء نفسه بالغير أولى من إحياء الغير بنفسه فاستويا . وصار وجود العذر كعدمه . فاقتضى أن يجب القود بينهما كوجوبه لو لم يكن كارها انظر : الحاوي للماوردي (٧٤/١٢) .
(١٤) في ج (عذرا) .
(١٥) في ب و ج (يلجئ) .
(١٦) في ب و ج (يفارق) .

فعله ما ينقل حكمه إلى غيره . والمكره (قارن) [1] فعله ما يوجب نقل الفعل ، فسقط عنه القصاص كما سقط عنه ضمان الأموال التي أتلفها بالإكراه .

٢٦٥٦٢ - قالوا [2] : كل حكم تعلق بالقتل كما سقط عنه ضمان الأموال المختار (وجب) [3] أن يتعلق بالقتل على الاختيار أصله (المأثم) [4] .

٢٦٥٦٣ - قلنا : يبطل باختصاص القصاص بالمباشرة ، لأنه حكم يتعلق (بالمختار) [5] ، فإنه لا يختص ، بل يقتل الآمر (بالإجماع) [6] . ولأن مأثم القتل لا يستدل [به] [7] على وجوب القصاص ، بدلالة القتل شبه العمد وبدلالة الآمر والممسك [8] .

* * *

(١) في ب وج (فارق) وهو تحريف .

(٢) هذا قياس على الإثم . وقد سقط عن المكرَه الإثم في حالة إتلاف الأموال فسقط عنه ضمان الأموال المتلفة . فلما لم يسقط الإثم عن المكرَه على القتل دل على أن القود لا يسقط عنه . ويحتمل أن يكون في عبارة القدوري سقوطا أو تحريفا من جهة النساخ . وقد ذكر الشيرازي قياسا آخر على الإثم . انظر : النكت ورقة أ ٢٥٥ وعبارته : ولأن ما ثبت في حق أحد الشريكين في القتل ثبت في حق المكرَه كالإثم .

(٣) كذا في ب و ج . وفي أ (ووجب) .

(٤) في ب و ج (الموثم) .

(٥) في أ (بالمختر) وفي بو ج (المختر) .

(٦) في ب و ج (بالأمر بالإجماع) .

(٧) ما بين المعكوفين ليست في النسخ الثلاثة . وقد أضيفت ليستقيم الكلام .

(٨) وأجيب عن قول الإمام القدوري رحمه الله هذا بأن في شبه العمد حدث القتل من غير إكراه وكذلك الممسك أعان باختياره من غير إكراه فأثما بفعلهما وإن لم يجب القصاص عليهما لعدم الإكراه . وفي مسألتنا وجد إكراه على القتل فوجب أن لا يأثم . فلما أثم دل على أن القصاص لا يسقط عنه .



حكم ثبوت الدية بغير رضا القاتل في القتل العمد

٢٦٥٦٤ - قال أصحابنا رحمهم الله : موجب قتل العمد القود . ولا (تثبت) [١] الدية إلا بالتراضي [٢] .

٢٦٥٦٥ - وقال الشافعي رحمه الله في أحد قوليه : (موجبه) [٣] القود والدية . والولي بالخيار في استيفاء أيهما (أحب) [٤] .

٢٦٥٦٦ - وقال في القول الآخر : الواجب القود . وللولي أن يسقطه ويطالب بالدية . فتكون بدلا عن البدل [٥] .

---

(١) في ب وج (يثبت) وهو خطأ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوى ص ٢٣٢ والمبسوط (٥٩/٢٦) والبدائع (٢٤١/٧) وقول الحنفية هذا هو المشهور عند المالكية . فقد ذهب ابن القاسم من المالكية إلى أن الواجب في العمد القود . وليس لورثة المقتول أن يجبر الجاني على دفع الدية إذا امتنع وسلم نفسه . خلافا لأشهب فإنه قال : الواجب التخيير بين القصاص وبين الدية . فعلى هذا إن طلب الأولياء من الجاني دفع الدية ، فإنه يجبر على ذلك إن كان مليا . إلا أن المشهور عن الإمام مالك رحمه الله هو ما قاله ابن القاسم . قال ابن يونس : قال مالك : وقاتل العمد يطلب منه الأولياء الدية فيأبى إلا أن يقتلوه فليس لهم إلا القتل . انظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٤٠/٤) ومواهب الجليل (٢٣٤/٦) ، والكافي ص ٥٩٠ .

(٣) في ب و ج (من موجبه) .

(٤) في ب و ج (أوجب) وهو تحريف .

(٥) في موجب العمد عند الشافعية قولان : أحدهما : أن موجب قتل العمد القصاص وحده ، ولا تجب الدية . إلا بالاختيار . والقول الثاني : أن موجبه أحد الأمرين من القصاص والدية . وأصحهما الأول . وعلى القولين للولي عفو على الدية بغير رضي الجاني . والفرق بين هذين القولين : أنه إذا قلنا إن الواجب هو القصاص وحده ، فعفا عن القصاص مطلقا ، سقط القصاص ولم تجب الدية . لأنه لا يجب له غير القصاص وقد أسقطه بالعفو . وإن قلنا : إنه يجب أحد الأمرين ، فعفا عن القصاص وجبت الدية . لأن الواجب أحدهما . فإذا ترك أحدهما وجب الآخر . وإن اختار الدية سقط القصاص وثبت المال ولم يكن له أن يرجع إلى القصاص . وإن قال : اخترت القصاص فهل له أن يرجع إلى الدية ، فيه وجهان . أحدهما : له أن يرجع . لأن القصاص أعلى فجاز أن ينتقل إلى الأدنى . والثاني : ليس له أن يرجع إلى الدية . لأنه تركها فلم يرجع إليها كالقصاص . انظر : المهذب للشيرازي (١٨٨/٢) ومغنى المحتاج (٤٨/٤) . أما عند الحنابلة فقد اختلفت الرواية عن الإمام أحمد رحمه الله . فروي عنه أن موجبه القصاص عينا . وروي عنه أن موجبه أحد شيئين : القصاص أو الدية . والرواية الثانية هي المذهب عند الحنابلة . قال المرداوي : والواجب بقتل العمد أحد =

٢٦٥٦٧ - والدليل على أن (موجبه) [١] القود قوله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ [٢] .

٢٦٥٦٨ - وقال النبي ﷺ « العمد قود » [٣] . وقال في قصة الرُّبَيِّع [٤] :

٢٦٥٦٩ - « كتاب الله القصاص » [٥] معناه : حكم الله ، فمن زعم أن له موجبا آخر خالف الظاهر .

٢٦٥٧٠ - ولأنه أحد نوعي القتل ، فكان له موجب واحد كالخطأ .

٢٦٥٧١ - ولأنه معنى يوجب القتل ، فلم يتنوع موجبه كالردة .

= شيئين : القصاص أو الدية في ظاهر المذهب ، وله العفو إلى الدية وإن سخط الجاني . هذا المذهب المشهور المعمول به في المذهب ، وعليه الأصحاب . وعنه : أن الواجب القصاص عينا . فعلى المذهب : الخيرة إلى الولي ، فإن شاء اقتص ، وإن شاء أخذ الدية . وإن شاء عفا إلى غير شيء . والعفو أفضل بلا نزاع في الجملة . انظر : الإنصاف (٥/٣/١٠) . والمغني والشرح الكبير (٤٧٤/٩) . ومما سبق يمكن أن نقول إنه لا خلاف بين المذاهب الأربعة فيما إذا تعينت القود جزما كما إذا قتل المرتد مرتدا فإن الواجب فيه القود جزما . أو تعينت الدية جزما كما إذا كان القصاص لجماعة فعفا بعضهم سقط حق الباقين عن القصاص إلى الدية . وإنما محل الخلاف في العمد الذي تدخله الدية . هل للولي أن يأخذ الدية بغير رضي القاتل أم لا . فذهب الحنفية والمالكية في المشهور وهو رواية عن الإمام أحمد إلى أنه ليس للولي أخذ الدية من غير رضي القاتل . وذهب الشافعية والمالكية في مقابل المشهور وهو رواية عن الإمام أحمد إلى أن للولي أخذه من غير رضي القاتل .

(١) كذا في أ ، وفي ب و ج (موجب) وهو تحريف .

(٢) وتمام الآية الكريمة : سورة المائدة الآية رقم ٤٥ . ووجه الاستدلال بالآية الكريمة : أن المراد به القتل العمد لأن الله تعالى أوجب الدية في القتل خطأ بقوله تعالى : ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ ﴾ . انظر : تبيين الحقائق (٩٨/٦) . واعترض المخالف على الاستدلال بالآية بأن الاقتصار في الآية على بعض ما يجب لا يدل على أنه لا يجب غيره . فوجب القود بالآية والدية بحديث أبي شريح . انظر : الحاوي (٩٦/١٢) وسبل السلام (٤٩٢/٣) .

(٣) الحديث سبق تخريجه . انظر : ص ٨٧ ، ووجه الاستدلال بالحديث الشريف : أن الألف واللام للجنس لعدم العهد . فيقتضي أن جنس العمد موجب للقود لا المال . ومن جعله موجبا للمال فقد زاد عليه ، وهو لا يجوز . وإلى هذا أشار ابن عباس ﷺ بقوله : العمد قود لا مال فيه . انظر : تبيين الحقائق (٩٨/٦) .

(٤) الرُّبَيِّع : بنت النضر الأنصارية . أم حارثة بن سراقة المستشهد بين يدي رسول الله ﷺ . وهي عمة أنس ابن مالك بن النضر بن ضمضم الأنصاري . وهي أخت أنس بن النضر . وقد بشر رسول الله ﷺ ابنها حارثة بالجنة . (انظر : الاستيعاب (٣٩٧/٤) برقم ٣٣٧١ وفتح الباري (٢٦/٦)

(٥) الحديث سبق تخريجه . انظر ص ٥٣ ، ووجه الاستدلال بالحديث الشريف : أن النبي ﷺ لم يخير . ولو كان المال واجبا لخير . إذ من وجب له أحد شيئين على الخيار لا يحكم له بأحدهما معينا ، وإنما يحكم له بأن يختار أيهما شاء . انظر : تبيين الحقائق (٩٩/٦) .

٢٦٥٧٢ - ولأنه قتل على وجه الزجر ، فكان له موجب واحد كالقتل في قاطع الطريق . ولا يجوز أن يقال [١] : (إن) [٢] في هذه المواضع لا يجوز أخذ المال بالتراضي ، وفي مسألتنا يجوز أخذه بالتراضي . لأن جواز أخذ المال عن الشيء بالتراضي لا يدل على أخذه بغير رضي كالطلاق .

٢٦٥٧٣ - ولأن القصاص يسقط بالشبهة . والمال لا يسقط بالشبهة . فلم يجز اجتماعهما بسبب واحد كالمهر والحد في الزانية المطاوعة .

٢٦٥٧٤ - ولأنه متلف [لمثل] [٣] ، فلم يجب بإتلافه المثل وغير المثل كالمكيلات والموزونات [٤] .

٢٦٥٧٥ - وأما الدليل على إبطال القول الآخر [٥] : فلأنه قادر على استيفاء حقه من جنسه بكماله ، فلا يجوز الانتقال (إلى غير) [٦] جنس الحق من غير تراض أصله الديون .

٢٦٥٧٦ - ولا يلزم [٧] إذا قطع يمين رجل ويد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع ، أو شجه فاستغرق قرنيه و (جبين) [٨] (الشاج [أضيق] [٩] كان ضامنا ، لما لم يقدر على استيفاء جنس حقه بكماله ، وجاز له العدول إلى) [١٠] بدل يستدرك فيه كمال

---

(١) هذا جواب الإمام القدوري عن اعتراض المخالف على القياس على الردة وقاطع الطريق بأنه قياس مع الفارق . قال الشيرازي : هناك تجب لحق الله تبارك وتعالى ، ولهذا لا يجوز أخذ المال فيه بالرضا . وها هنا يجوز . انظر : النكت للشيرازي ورقة ب ٢٥٥ . (٢) زيادة من ب و ج .

(٣) في النسخ الثلاثة (لفضل) . ولعله من النساخ . والله أعلم .

(٤) اعترض على هذا القياس بوجود الفارق . قال ابن قدامة : ويخالف القتل سائر المتلفات . لأن بدلها لا يختلف باختلاف القصد وعدمه . والقتل بخلافه . انظر : الشرح الكبير (٤٧٤/٩) .

(٥) وهو قول الإمام الشافعي رحمه الله : إن موجب العمد القود ، والدية بدل عند سقوطه .

(٦) في ج (لغير) .

(٧) هذا جواب عن اعتراض المخالفين على قياس الحنفية على الديون . قال الشيرازي : ولأن القصاص يجوز تركه إلى غير جنس الدية بالتراضي ، فجاز تركه إلى جنس الدية بغير تراض كما لو كانت يد الجاني أنقص الأصابع أو رأسه أصغر . انظر : النكت ورقة ب ٢٥٥ . وكذلك المغني والشرح الكبير (٤٧٤/٩) حيث قال ابن قدامة : وينتقض ما ذكروه بما إذا كان رأس الشاج أصغر أو يد القاطع أنقص . فإنهم سلموا فيهما .

(٨) في ب و ج (جنس) وهو تحريف .

(٩) ما بين المعقوفين ساقط من ب و ج . وهو في أ (أوسع) وهو خطأ . والصواب ما أثبته بناء على ما ذكره الإمام الشيرازي وابن قدامة .

(١٠) قوله : الشاج أضيق - إلى آخر قوله : وجاز له العدول إلى . ساقط من ب و ج .

حقه . يبين ذلك أن القصاص مماثلة ، فهو كوجوب الحنطة بإتلاف الحنطة .

٢٦٥٧٧ - فإن قيل : المعنى في المكيل (أنه) [١] لو وجد بعض حقه وجب أخذه والانتقال في [بعضه] [٢] إلى البدل ، كذلك إذا وجد جميع حقه لم يجز الانتقال . وفي مسألتنا إذا كان القاطع ناقص الأصابع فليس له أن يأخذ اليد وأرش الإصبع الفائتة . بل يعدل إلى البدل ، كذلك إذا وجد جميع حقه جاز أن يعدل إلى البدل . [٣]

٢٦٥٧٨ - قلنا : حق صاحب الطعام في جملة حقه وفي (كل) [٤] جزء منه ، فإذا وجد البعض فقد وجد حقه .

٢٦٥٧٩ - وفي مسألتنا (القطع) [٥] لم يتعلق حقه بكل جزء من اليد ، بدلالة أنه لو أراد قطع الأصابع أو بعضها لم يجز . وإنما حقه في القطع من الزَّنْد . وفقد الأصابع نقص في ذلك . فقدر على حقه ناقصا . وأما أن يقال : قدر على بعض حقه بكماله (فلا) [٦] نسلم ذلك .

٢٦٥٨٠ - ولأن القتل لا يجوز الانتقال عن موجبه إلى غيره إلا بالتراضي أصله الخطأ .

٢٦٥٨١ - فإن قيل : في الخطأ (يثبت) [٧] له (البدل الأدنى) [٨] ولا يجوز له الانتقال إلى الأعلى ، (يثبت) [٩] له الأعلى فجاز أن ينتقل إلى الأدنى بغير تراض [١٠] .

٢٦٥٨٢ - قلنا : هذا يبطل إذا ثبت له القصاص فقال : أنا أقتصر على قطع الطرف لأبقى [النفس] [١١] لم يجز ، وإن كان الفعل انتقل من الأعلى إلى الأدنى ، (وكذلك في الدية لا يجوز أن ينتقل إلى عبد قيمته بعض الدية إلا بالتراضي ، وإن كان انتقل من الأعلى

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٢) في النسخ الثلاثة (نفسه) ولعله تحريف . والصواب ما أثبته ليستقيم الكلام .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة ب ٢٥٥ وعبارته : ثم هناك لو وجد بعض حقه لم يجز فيما وجد الانتقال إلى بدله . وها هنا يجوز .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ب .

(٥) في ب و ج (بقطع) وهو تحريف .

(٦) في ب و ج (فلم) .

(٧) في ب و ج (ثبت) .

(٨) في ب و ج (اليد الأولى) وهو تحريف .

(٩) في ب و ج (ثبت) .

(١٠) انظر : الحاوي للماوردي (٩٦/١٢) وعبارته : إن القود أغلظ والدية أخف . فملك إسقاط الأغلظ بالأخف . ولم يملك إسقاط الأخف بالأغلظ .

(١١) في النسخ الثلاثة (العين) ولعله تحريف ، وما أثبته أقرب لسياق الكلام .

إلى الأدنى) [1] (إلا) [2] أنه من غير جنس حقه ، فلم يجز أخذه إلا بالرضا .

٢٦٥٨٣ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ﴾[3] وهذا خطاب للقاتلين . ثم قال : ﴿ فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ فالمعفو هو القاتل ، والعافي (هو) [4] ولي المقتول . ثم قال تعالى : ﴿ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ فالظاهر أن الاتباع يقع بمجرد العفو عنه ، فمن قال لا يثبت إلا برضاه فقد ترك الآية [5] .

٢٦٥٨٤ - وقال الشافعي [رَحِمَهُ اللَّهُ] : حقيقة العفو هو الترك (بغير) [6] تراض . يقال : عفوت عن حقي بمعنى تركته . ويحمل على البذل [مجازا] [7] فلا يترك الحقيقة إلى المجاز [8] .

---

(١) قوله : وكذلك في الدية - إلى آخر قوله - إلى الأدنى . ساقط من ب و ج .

(٢) ساقط من ج .

(٣) وتمام الآية الكريمة : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ۖ ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ ۚ فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ ۗ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ۗ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ سورة البقرة الآية رقم ١٧٨ (٤) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٥) انظر : الحاوي (٩٥/١٢) حيث استدل الماوردي بالآية الكريمة فقال : معناه : فمن عفي له عن القصاص ، فليتبع الولي الدية بمعروف ويؤديها القاتل بإحسان . فجعل للولي الاتباع وعلى القاتل الأداء . فلما تفرد القاتل بالأداء وجب أن ينفرد الولي بالاتباع ولا يقف على المراضاة . وانظر كذلك : المغني والشرح الكبير (٤٧٤/٤٧٣/٩) . وما قاله الشافعية ومن معهم إنما هو إحدى التأويلات الواردة في كتب التفسير . والعفو في هذا القول بمعنى الترك . والتأويل الثاني : أن ﴿ مَنْ ﴾ يراد به الولي . و ﴿ عُفِىَ ﴾ : بمعنى يُسِّر . والأخ يراد به القاتل . وشيء يراد به الدية . والعفو في هذا القول بمعنى البذل والعطاء . وقد رجح الإمام أبو حنيفة ومن معه معنى البذل والعطاء . بينما رجح الإمام الشافعي ومن معه معنى الترك والإسقاط . انظر : أحكام القرآن لابن العربي (٦٧/١) وأحكام القرآن للقرطبي (٢٥٣/٢) . وقد أجاب الإمام الطحاوى عن استدلال الشافعية ومن معهم بالآية الكريمة فقال : ما في هذا دليل على ما ذكرتم . وقد يحتمل ذلك وجوهًا : أحدها ما وصفتم ، ويحتمل أيضًا ﴿ فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ ﴾ على الجهة التي قلنا برضاء القاتل أن يعفو عنه على ما يؤخذ منه . وقد يحتمل أيضًا أن يكون ذلك في الدم الذي يكون بين جماعة . فيعفو أحدهم ، فيتبع الباقون القاتل بحصصهم من الدية بالمعروف ويؤدى ذلك بإحسان . هذه تأويلات قد تأولها العلماء في هذه الآية . فلا حجة لبعضهم فيها على بعض إلا بدليل آخر في آية أخرى متفق على تأويلها أو سنة أو إجماع . انظر: شرح معاني الآثار (١٧٦/٣) . (٦) في ج (لغير) .

(٧) في النسخ الثلاثة (مجاز) والصواب ما أثبته .

(٨) انظر : الأم (١٠/٦) حيث قال الإمام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : إن الله عز وجل إذ ذكر القصاص ثم قال : ﴿ فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ لم يجز - والله أعلم - أن يقال : إن عفي : إن صولح على أخذ الدية . لأن العفو ترك حق بلا عوض . فلم يجز إلا أن يكون إن عفي عن القتل . فإذا عفي =

٢٦٥٨٥ - قلنا : إن الشافعي [رحمه الله] عادل في تأويل هذه الآية عن الآثار وحقيقة اللغة ، فأما الأثر فقد روي عن مجاهد [(١)] عن ابن عباس [(٢)] [رضي الله عنه] : إن بني إسرائيل كان فيهم القصاص لا يجوز قبول الدية ، (فأباح الله تعالى للولي قبول الدية) [(٣)] ونسخ ما كان تخفيفا ، ولهذا قال الله تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ﴾ [(٤)] وقال الشعبي [(٥)] : نزلت في حيين كان لأحدهما طول على الآخر ، فكانوا يتزوجون نساءهم بغير مهور ، فقتل الحي المفضول قتيلًا من الحي الفاضل ، فحلف الحي الأفضل أن يقتل الرجل بالمرأة ، والحر بالعبد ، وأن يضاعفوا الجراح .

٢٦٥٨٦ - فاختصموا إلى النبي ﷺ فقال : « القتل سواء » فاصطلحوا على الديات يفضل لأحد الحيين فضل على الآخر ، فقال الله تعالى : ﴿ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ ﴾ يعني : فمن فضل له شيء من الديات التي وقع [الاصطلاح عليها] [(٦)] فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان [(٧)] . هذا قول السلف في الآية ، ولم ينقل عن أحد منهم ما قاله مخالفونا ، فوجب المصير إلى الأثر في التأويل .

٢٦٥٨٧ - وأما اللغة ، فقوله : ﴿ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ ﴾ لا يجوز أن يكون من عفا

= لم يكن إليه سبيل . وصار للعافي عن القتل مال في مال القاتل ، وهو دية قتيله ، فيتبعه بمعروف ويؤدى إليه القاتل بإحسان . وإن كان إذا عفا عن القاتل لم يكن له شيء ، لم يكن للعافي أن يتبعه ولا على القاتل أن يؤديه بإحسان .

(١) هو مجاهد بن جبر . ويقال ابن جُبير ، والأول أصح . أبو الحجاج المكي الأسود . مولى السائب بن أبي السائب المخزومي . الإمام ، شيخ القراء والمفسرين . روي عن ابن عباس ، وعنه أخذ القرآن والتفسير والفقه . فقد روي عنه أنه قال : عرضت القرآن على ابن عباس ثلاثين مرة . وروى عن ابن عمر وأبي هريرة وغيرهم . وروى عنه كثيرون . قال يحيى بن معين : مجاهد ثقة . ولد سنة ٢١ هـ في خلافة عمر وتوفي بمكة سنة ١٠١ هـ . وقيل غير ذلك . انظر : تهذيب الكمال (٢٢٨/٢٧) ترجمة ٥٧٨٣ وسير أعلام النبلاء (٤٤٩/٤) ترجمة ١٧٥ والجرح والتعديل (٣١٩/٨) .

(٢) سبق ترجمته .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) هذا الأثر عن ابن عباس رضي الله أخرجه الإمام البخاري في صحيحه ، كتاب تفسير القرآن . باب ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ - إلى قوله - عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ (١٦٣٦/٤) برقم ٤٢٢٨ . والنسائي في كتاب القسامة سنن النسائي (٣٦/٨) برقم ٤٧٨١ . والبيهقي في السنن الكبرى (٥١/٨) .

(٥) سبق ترجمته .

(٦) في النسخ الثلاثة (القصاص) وهو خطأ . والصواب ما أثبته بناء على ما ذكره الإمام أبو بكر الجصاص في أحكام القرآن (١٨٦/١) والإمام القرطبي في تفسيره (٢٥٤/٢) .

(٧) انظر : تفسير الطبري (١١٠/٢) وأحكام القرآن للجصاص (١٨٦/١) وتفسير القرطبي (٢٥٤/٢)

(الأثر) [1] إذا درس ، (ولا) [2] من عفا أي صفا ، كما يقال لك : عفو هذا الشيء أي صفوه . [ولا] [3] من عفا (البنت أو البنين) [4] ، (ولا من) [5] عفا الله عنكم ، لأنه في جميع هذه الوجوه لا يتعدى فيبنى للمفعول به ، المرتفع به مفعول به وهو ﴿ شَيْءٌ ﴾ [6] ، فبقي أن يكون من قولهم : قد عفا فلان فلانا يعفو عفوًا ، أو (اعتفاه) [7] بقتله إذا (احتداه) [8] وطلب بماله .

---

(١) كذا في ب و ج . وفي أ (الأمر) وهو تحريف .

(٢) كذا في ج . وفي أ و ب (ولأن) وهو تحريف .

(٣) في النسخ الثلاثة (ولأن) وهو تحريف . والصواب ما أثبته .

(٤) كذا في النسخ الثلاثة ، ويحتمل أن يكون صواب العبارة (النبت والشعر) كما جاء في لسان العرب (٣٠٢١/٤) مادة عفو .

(٥) في ب و ج (ولأن) وهو تحريف .

(٦) ما ذكره الإمام القدوري رحمه الله من أن كلمة عفا لا تتعدى في تلك الوجوه غير مسلم به في بعضها . فقد ذكر أهل اللغة أن أكثر هذه الوجوه لكلمة عفا قد تتعدى فتستعمل لازمًا ومتعديا . فمثلا : قولهم عفا الأثر بمعنى درس قد تتعدى . جاء في لسان العرب (٣٠٢١/٤) مادة عفا ما نصه : وعفا المنزل ، يعفو ، وعفت الدار ونحوها عفاء وعُفوا وعَفَّت وتعفَّت تعفِّيا : درست . يتعدى ولا يتعدى . عَفَتْها الريح وعفَّتْها . وانظر كذلك : الصحاح للجوهري (٢٤٣٢/٦) والمصباح المنير (٥٧٢/٢) . وكذلك قولهم : عفا النبت والشعر قد تتعدى . جاء في لسان العرب (٣٠٢١/٤) ما نصه : عفا بمعنى كثر . يتعدى ولا يتعدى أيضًا مثل : عفا الشعر : كثر وطال . وعفوته أي كثرته . يُعَدَّى أيضًا بالهمزة فيقال : أعفيت . وانظر كذلك : المصباح المنير (٥٧٢/٢) . وأما عفا بمعنى صفا فهو لا يتعدى كما قاله الإمام القدوري . فلم أعثر في كتب اللغة على أنه قد يتعدى . قال الجوهري : وعفا الماء : إذا لم يطرقه شيء يكدره . انظر : الصحاح (٢٤٣٣/٦) . وأما عفا بمعنى البراءة والصفح فإنه يتعدى . ولكنه يتعدى بعن . كما قال تعالى : ﴿ عَفَا ٱللَّهُ عَنكَ ﴾ ﴿ وَيَعْفُواْ عَن كَثِيرٍ ﴾ قال ابن سيده في المخصص (٨٢/١٣) : عفوت عن ذنبه عفوا ، وفلان عفو عن الذنب . وكذلك عفا بمعنى طَلَبَ الفضل . هو كما قال الإمام القدوري . فقد جاء في لسان العرب (٣٠٢١/٤) مادة عفا : وعفاه يعفوه : أتاه . وقيل : أتاه يطلب معروفه . والعفو : المعروف . والعفو : الفضل . وعفوت الرجل : إذا طلبت فضله . والعافية والعُفاة والعُفَّى : الأضياف وطلاب المعروف . وانظر كذلك : الصحاح (٢٤٣٣/٦) حيث قال الجوهري : وعفوته : أي أتيته أطلب معروفه . واعتفيته مثله . وانظر أيضًا : مجمل اللغة لابن فارس (٢٨٣/٢٨٢/٣) . والخلاصة : إن كلمة عفا تأتي في اللغة على معان عدة منها : ١ - العطاء والفضل والبذل ٢ - الإسقاط والبراءة ٣ - الكثرة ٤ - الذهاب والاندراس ٥ - طلب الفضل ٦ - الصفاء . والذي يعنينا في هذا المقام هو معنيان : العطاء والإسقاط . فرجح الإمام أبو حنيفة ومن معه معنى العطاء . بينما رجح الإمام الشافعي معنى الإسقاط . وبالرجوع إلى كتب اللغة ترجح معنى الفضل والعطاء . قال الأزهري : الأصل فيه أن كلمة العفو في موضوع اللغة : الفضل . والعفو الفضل . قال تعالى : ﴿ وَيَسْـَٔلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَ قُلِ ٱلْعَفْوَ ﴾ أي الفضل . انظر : تهذيب اللغة (٢٢٦/٣) .

(٧) في ب و ج (اعتفا) .

(٨) في ب و ج (احتده) وهو تحريف . واحتدى بمعنى تبع . انظر : المعجم الوسيط (١٦٨/١) مادة حدا .

٢٦٥٨٨ - قال الأعشى [١] :

[تطوف العُفاة بأبوابه كطوف النصارى ببيت الوَثَن] [٢]

٢٦٥٨٩ - أراد بالعفاة المجتدين الطالبين ، وأحدهم عاف . قال ابن الأنباري [٣] : يقال : [أعفيت الشعر] [٤] وعَفَوْتُه : إذا زدت فيه وكَثَّرتُه [٥] .

٢٦٥٩٠ - وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال : « من أحيا أرضًا ميتة [٦] فهي له ، [وما أكلت العافية فهو له صدقة] » [٧] .

---

(١) هو ميمون بن قيس بن جندل . أبو بصير ، يقال له أعشى قيس ، وأعشى بكر بن وائل . والأعشى الكبير . لقب بالأعشى لضعف بصره ، وعمي في أواخر عمره . يعد في الطبقة الأولى من شعراء الجاهلية . وأحد أصحاب المعلقات . أدرك الإسلام ولم يسلم . أخباره كثيرة ومدائحه لملوك العرب والفرس مشهورة . ولد وتوفي باليمامة قرب مدينة الرياض . (انظر : الأغاني للأصفهاني (٥/١٢) والأعلام للزركلي (٣٤١/٧) ومعجم الشعراء للمَرْزُباني ص ٣٢٥)

(٢) في النسخ الثلاثة : تطوف العفاة كطواف النصارى ببيت الوَثَن . وما أثبته هو الموجود في ديوان الأعشى ولسان العرب . والعفاة في البيت : الأضياف وطلاب المعروف . والعافي : كل من جاءك يطلب فضلا أو رزقا فهو عاف ومعتف . انظر : ديوان الأعشى ص ٢٠٩ دار صادر بيروت دون سنة الطبع . ولسان العرب مادة عفا (٣٠٢٢/٣٠١٩/٤) .

(٣) هو محمد بن القاسم بن محمد بن بشار ، أبو بكر الأنباري النحوي . نسبة إلى أنبار بلدة قديمة على مسيرة يومين من بغداد . إمام في اللغة والقراءات . صاحب التصانيف في النحو والأدب . من مصنفاته : كتاب غريب الحديث وكتاب الأضداد وغيره . ولد سنة ٢٧١ هـ وتوفي سنة ٣٢٨ هـ .
(انظر : وفيات الأعيان (٤٦٣/٣) وطبقات النحاة واللغويين ص ٢٣٣)

(٤) في ب و ج (عفت الشيء) و في أ (عفيت الشيء) والصواب ما أثبته بناء على ما ورد في كتاب الأضداد لابن الأنبارى .

(٥) انظر : كتاب الأضداد لابن الأنبارى ص ٨٧ تحقيق : محمد أبو الفضل إبراهيم المكتبة العصرية بيروت ١٩٨٧م حيث جاء فيه ما نصه : ويقال : أعفيت الشعر وعفوته : إذا كثّرته وزدت فيه .

(٦) قوله أرضًا ميتة : أي الخربة التي لم تعمر قط . انظر : طلبة الطلبة ص ٣١٥ .

(٧) ما بين المعقوفين لا توجد في النسخ الثلاثة . وهو جزء من الحديث الشريف . والظاهر من سياق الكلام أن هذا الجزء هو محل الاستشهاد . لأن كلمة العافية الواردة في الحديث تعني كل من جاءك يطلب فضلا أو رزقا . فهو عاف ومعتف وجمعه عفاة . وقد تكون العافية في هذا الحديث من الناس وغيرهم . انظر : تهذيب اللغة للأزهري (٢٢٤/٣) والحديث أخرجه الإمام أحمد في المسند (٣٣٨/٣) عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : « من أحيا أرضًا ميتة فهي له . وما أكلت العافية فهو له صدقة » فقال رجل : يا أبا المنذر ، قال أبو عبد الرحمن : أبو المنذر هشام ابن عروة . ما العافية ، قال : ما اعتافها من شيء . وأخرجه الدارمي بلفظ قريب . انظر : سنن الدارمي كتاب البيوع باب من أحيا أرضًا ميتة فهي له (٣٤٦/٢) برقم ٢٦٠٧ .

٢٦٥٩١ - من [١] احتذي له شيء من (أجل) [٢] قتل أخيه ، فعليه اتباع بالمعروف وله أداء إليه بإحسان . (رفع) [٣] بالابتداء وخبره محذوف ، و [أداء] [٤] جملة أخرى من مبتدأ وخبر فقد حذف الخبر منهما ، وهما جميعا [جزاء] [٥] الشرط [٦] . وقد جاء حذف الخبر من الجزاء في القرآن ، قال الله تعالى : ﴿ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ ﴾ [٧] تقديره : فعليه فدية من صيام [٨] ، وكذلك قوله : ﴿ فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ [٩] ﴾ [١٠] (تقديره) [١١] : فعليه ما استيسر [١٢] ، فأفادت الآية أن الولي إذا بذل له المال فهو مندوب إلى (قبوله) [١٣] .

٢٦٥٩٢ - ونظيره قوله تعالى في المائدة بعد ذكر القصاص : ﴿ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ ﴾ [١٤] ثم قال : ﴿ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ بمعنى أن الباذل للمال يجب عليه إذا قبل

---

(١) هذا تأويل الآية الكريمة . ويحتمل أن تكون هناك عبارة ساقطة من النسخ الثلاثة .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج . (٣) في ب و ج (وقع) وهو تحريف .

(٤) في النسخ الثلاثة (وإذا) وهو تحريف . والصواب ما أثبته .

(٥) في النسخ الثلاثة (خبرا في) . ولعله تحريف . والصواب ما أثبته .

(٦) ورد في إعراب القرآن (٢٣٢/١) للنحاس المتوفى سنة (٣٣٨) هـ ما يلي :﴿ فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ ﴾ : شرط . والجواب : ﴿ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ . وهو رفع بالابتداء . والتقدير : فعليه اتباع بالمعروف . وقال الرازي في تفسيره (٥٤/٥) : ﴿ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ : رفع لأنه خبر لمبتدأ محذوف تقديره : فحكمه اتباع . أو هو مبتدأ خبره محذوف تقديره : فعليه اتباع بالمعروف . فعلى هذا يكون ما قاله الإمام القدوري في إعراب الآية الكريمة موافقا لما جاء في كتب التفسير .

(٧) وتمام الآية الكريمة : ﴿ وَأَتِمُّوا۟ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ ۚ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ ۖ وَلَا تَحْلِقُوا۟ رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْهَدْىُ مَحِلَّهُۥ ۚ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ ۚ فَإِذَآ أَمِنتُمْ فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ ۚ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ فِى ٱلْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ ۗ تِلْكَ عَشَرَةٌ كَامِلَةٌ ۗ ذَٰلِكَ لِمَن لَّمْ يَكُنْ أَهْلُهُۥ حَاضِرِى ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلْعِقَابِ ﴾ سورة البقرة الآية رقم ١٩٦ .

(٨) انظر : تفسير القرطبي (٣٨٢/٢) . (٩) كذا في ج ، وهو ساقط من أ و ب .

(١٠) جزء من الآية الكريمة السابقة ، سورة البقرة الآية ١٩٦ .

(١١) في ج (تقدير) .

(١٢) قال الإمام القرطبي في تفسيره (٣٧٨/٢) : ما : في موضع رفع . أي فالواجب أو فعليكم ما استيسر . ويحتمل أن يكون في موضع نصب . أي فانحروا أو فاهدوا .

(١٣) كذا في أ و ج ، وفي ب (قوله) وهو تحريف .

(١٤) وتمام الآية الكريمة ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ۚ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ ۚ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ

منه أن يؤديه بإحسان . وهذا تأويل موافق (للأثر) [١] ومقتضى اللغة .

٢٦٥٩٣ - وما ذكره الشافعي [رحمه الله] من حقيقة اللغة غلط ، لأن العفو الذي هو البراءة والإسقاط لا يتعدى ، فكيف قال [٢] تعالى [٣] : ﴿ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ ﴾ فيرتفع به . [٤] .

٢٦٥٩٤ - فإن قيل : (نحن رددنا) [٥] الكناية في قوله : ﴿ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ ﴾ إلى مذكور متقدم وهو القاتل ، وأنتم رددتم الكناية إلى الولي ، (ولم) [٦] يجر له ذكر .

٢٦٥٩٥ - قلنا : نحن رددنا الكناية إلى مذكور (لأن تقديره) [٧] : فمن احتدى له . فالكناية ترجع إلى الولي . (وهو قوله : ﴿ فَمَنْ ﴾ ، و رَدُّ الكناية إلى أقرب المذكورين أولى) [٨] .

٢٦٥٩٦ - قالوا : حملتم قوله : ﴿ فَاتِّبَاعٌ ﴾ على الندب ، ونحن نحمله على الوجوب .

٢٦٥٩٧ - قلنا : خبر المبتدأ محذوف على قولكم وقولنا . لأن تقديرها عندكم : فعليه اتباع ، وعندنا : فله اتباع ، فتساوينا في ذلك . وأنتم تركتم حقيقة عفا ، لأنكم حملتموه على العفو الذي هو الإسقاط . وذلك لا يتعدى من المذكور في القرآن ، فتعدى إلى مفعول ارتفع به ، وهو قوله : ﴿ شَيْءٌ ﴾ ذلك لا يصح إلا في العفو الذي هو الطلب والاحتداء .

= ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ سورة المائدة الآية رقم ٤٥ .

(١) في ب و ج (الأثر) .

(٢) ساقط من ب .

(٣) زيادة من ب و ج .

(٤) فعلى هذا تكون كلمة عفا في الآية الكريمة بمعنى الفضل . وليس بمعنى الإسقاط . قال ابن العربي : لأن العفو إذا كان بمعنى الإسقاط وصل بكلمة عن ، كقوله تعالى : ﴿ وَٱعْفُ عَنَّا ﴾ وكقوله عليه الصلاة والسلام : « عفوت لكم عن صدقة الخيل » ٦٧ وقول الإمام القدوري هذا هو ما رجحه الإمام الزمخشري والبيضاوى . قال الإمام الزمخشري في تفسير الآية الكريمة : ولا يصح أن يكون ﴿ شَيْءٌ ﴾ في معنى المفعول به ؛ لأن عفا لا يتعدى إلى مفعول به إلا بواسطة . وقال البيضاوي : ﴿ شَيْءٌ ﴾ أي شيء من العفو ؛ لأن عفا لازم . فائدته الإشعار بأن بعض العفو كالعفو التام في إسقاط القصاص . وقيل : عفا بمعنى ترك . وشيء مفعول به وهو ضعيف ، إذ لم يثبت عفا الشيء بمعنى تركه بل أعفاه . انظر : تفسير البيضاوي (٢١٤/١) .

(٥) في ب (يجوز رددنا) وفي ج (يجوز ردنا) وهو تحريف .

(٦) في ب و ج (فلم) .

(٧) في ب و ج (كان تقديرها) .

(٨) قوله : وهو قوله - إلى آخر قوله - المذكورين أولى ساقط من ب و ج . وفيهما بدلا عنها (فلم يجر له ذكر) وهو خطأ .

٢٦٥٩٨ - قالوا : روي أبو شريح الكعبي [1] [ﷺ] أن النبي ﷺ قال : « ثم [2] أنتم يا [خُزاعة] [3] (قد) [4] قتلتم هذا القتيل من هُذيل ، وأنا والله عاقله ، فمن قتل بعده قتيلًا فأهله بين خيرتين : إن أحبوا (قتلوا) [5] ، وإن أحبوا أخذوا العقل » [6] . وروي « إن أحبوا أخذوا الدية » [7]

٢٦٥٩٩ - قلنا : قد روي في هذا الخبر : « وإن أحبوا فادوا » [8] ،

---

(١) هو أبو شريح الخزاعي العدوي الكعبي . قيل : اسمه عبد الرحمن بن عمرو ، وقيل : عمرو بن خويلد . والمشهور خويلد بن عمرو بن صخر بن عبد العزى . أسلم قبل فتح مكة . كان يحمل أحد ألوية بني كعب من خزاعة الثلاثة يوم فتح مكة . روي عن النبي ﷺ وعن ابن مسعود ﷺ . توفي بالمدينة سنة ٦٨ هـ . (انظر: تهذيب الكمال (٤٠٠/٣٣) ترجمة ٧٤٢٤ وطبقات ابن سعد (٢٩٥/٤)

(٢) في النسخ الثلاثة (لم) وهو تحريف . والصواب ما أثبته .

(٣) في النسخ الثلاثة (جماعة) وهو تحريف . والصواب ما أثبته .

(٤) ساقط من ج . (٥) ساقط من ب و ج .

(٦) الحديث سبق تخريجه . ووجه الاستدلال بالحديث الشريف : هو أن الرسول ﷺ قد خير ولي المقتول بين القود وأخذ الدية دون أن يشترط رضا الجاني على دفع الدية . انظر : الأم (١٠/٦) والحاوي للماوردي (٩٦/١٢) والمغني والشرح الكبير (٤٧٤/٩) . وقد أجاب الحنفية على استدلال الشافعية بهذا الحديث من وجوه : فقالوا أولًا : إنه محمول على ما إذا رضي الجاني على دفع الدية . وإنما لم يذكر رضا القاتل لأن ذلك معلوم ببديهة العقل . لأن العاقل يدفع الهلاك عن نفسه بأداء المال إن أمكن . ثانيًا : أن المراد من الحديث أن لا يجبر الولي على أخذ الدية شاء أو أبي . لا أن له أن يجبر غيره على أداء الدية ؛ لأن التخيير من الشرع تجويز الفعلين وبيان المشروعية فيهما ونفي الحرج عنهما . كقوله عليه الصلاة والسلام في الربويات : « إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » معناه تجويز البيع مفاضلة ومماثلة بمعنى نفي الحرج عنهما . وليس فيه أن يستقل به دون رضا المشترى . فكذا هنا جواز القصاص وجواز أخذ الدية . وليس فيه استقلال يستغني به عن رضا القاتل . انظر : المبسوط (٦٤/٢٦) وعمدة القاري (٢٩٣/١٠) . ثالثا : يمكن الجمع بينه وبين حديث (كتاب الله القصاص) حتى تتفق معاني الآثار . قال الإمام الطحاوى : قد روي عن أبي شريح أنه قال : قال رسول الله ﷺ : « من أصيب بدم أو خبل - يعنى بالخبل الجراح - فوليه بالخيار بين إحدى ثلاث : بين أن يعفو ، وبين أن يقتص ، وبين أن يأخذ الدية . فإن أراد الرابعة فخذوا على يديه . فإن قبل واحدة منهن ثم عدى بعد ذلك فله النار خالدًا فيها مخلدًا » فيجعل قول رسول الله ﷺ فيهما « فهو بالخيار بين أن يعفو ، وبين أن يقتص ، وبين أن يأخذ الدية » على الرضا من الجاني بغرم الدية . حتى تتفق معاني هذين الحديثين ومعنى حديث أنس ﷺ « كتاب الله القصاص) . انظر : شرح معاني الآثار (١٧٤/٣) .

(٧) أخرجه ابن ماجه بلفظ : « وإن شاءوا أخذوا الدية » في كتاب الديات باب من قتل عمدًا فرضي بالدية . سنن ابن ماجه (٨٧٧/٢) برقم ٢٦٢٦ .

(٨) لم أجد رواية للحديث بهذا اللفظ . والذي وجدته بلفظ : يفادى و أيضًا بلفظ : يُفدَي . فقد أخرجه النسائي عن أبي هريرة « بلفظ إما أن يُفدَى » بالبناء للمجهول . انظر سنن النسائي (٣٨/٨) ويُفدَى : بضم =

(والمفاداة)[١] لا تكون إلا بالتراضي ؛ لأنها مفاعلة .[٢]

٢٦٦٠٠ - فإن قيل : نقول باللفظين[٣] .

٢٦٦٠١ - قلنا : الخبر واحد ؛ فأصل اللفظ إن كان المفاداة فلا حجة لهم فيه ، فلم يصح إثبات اللفظين عن رسول الله ﷺ حتى يحتج بأحدهما[٤] ، ولأن قوله : « وإن أحبوا أخذوا العقل » فالعقل عبارة عما (تؤديه)[٥] العاقلة[٦] ، لا يكون في العمد إلا بالتراضي . وإنما يجب عندهم المال على القاتل ، وإن كان اللفظ : « وإن أحبوا أخذوا الدية » فحقيقة الدية ما يُودَى[٧] ، وذلك لا يكون إلا فيما بذله القاتل وأدّاه . فأما ما

= أوله وفتح ثالثه مبنيًا للمفعول . أي يُعطَى الدية . انظر : إرشاد الساري (٢٤٨/٤) وأخرجه البيهقي بلفظ : « إما أن يقاد وإما أن يفادى » وبلفظ : « إما أن يقتل وإما أن يفادى أهل القتيل » عن الأوزاعي عن يحيى بن كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة . انظر : السنن الكبرى (٥٣/٨) ورواه أيضًا ابن حزم في المحلى (٤٠/١٢) . قال الإمام نجم الدين النسفي : وكلمة فادوا : جمع قولك فادى . وهو فعل ماض من المفاداة . وهي ما بين اثنين من أحدهما دفع الفداء ومن الآخر أخذه . وقال : ودلت اللفظة على أن أخذ الدية ليس باختيار من له القصاص وحده بأن يترك القصاص ويأخذ المال من غير رضا من عليه القصاص ، وإن تعلق الخصم بظاهره لإثبات ذلك له ، لما أن المفاداة تقوم باثنين : بالفادي وبالقاتل ، وبه نقول . انظر : طلبة الطلبة ص ٣٢٧ .

(١) في ب و ج (والمفادات) وهو خطأ .

(٢) قال الإمام نجم الدين النسفي : ودلت اللفظة على أن أخذ الدية ليس باختيار من له القصاص وحده بأن يترك القصاص ويأخذ المال من غير رضا من عليه القصاص ، وإن تعلق الخصم بظاهره لإثبات ذلك له ، لما أن المفاداة تقوم باثنين : بالفادي وبالقاتل ، وبه نقول . انظر : طلبة الطلبة ص ٣٢٧ .

(٣) انظر : الحاوي للماوردي (٩٦/١٢) وعبارته : هذه رواية شاذة . وتحمل المفاداة فيها على بذل الدية التي لا تستحق إلا عن مراضاة . ويحمل خبرنا في خيار الولي على أصل الدية التي لا تفتقر إلى مراضاة ليستعمل الخبرين ، ولا يسقط أحدهما بالآخر .

(٤) لعل الإمام القدوري يريد بقوله : (فلم يصح إثبات اللفظين عن رسول الله ﷺ حتى يحتج بأحدهما) أن يرد على الشافعية قائلًا : كيف تقولون باللفظين وفي نفس الوقت تحتجون بأحدهما وتتركون الآخر . وفي الإمكان الجمع بين اللفظين بأن يحمل الروايتين على حالة رضا القاتل على دفع الدية . ولا يريد منها أن اللفظين غير ثابت عن رسول الله ﷺ . والله أعلم .

(٥) في ب و ج (يؤديه) .

(٦) العقل : الدية . وعقلت القتيل : أي أعطيت ديته . وعقلت عن القاتل : أي لزمته دية فأديتها عنه . والعاقلة : الذين يؤدون الدية . والجمع عواقل . وسميت الدية عقلًا لوجهين : أحدهما : أن الإبل كانت تعقل بفناء ولي المقتول فسميت الديات كلها بذلك وإن كانت دراهم أو دنانير . والثاني : أنها تعقل الدماء عن السفك أي تُمسك . انظر : النهاية في غريب الحديث (٢٧٨/٣) ، وطلبة الطلبة ص ٣٣٤ .

(٧) الدية : بدل النفس ، وجمعها : الديات ، وقد وديت المقتول أي أديت ديته ، من حد ضرب ، فالدية اسم للمال ، ومصدر أيضًا لهذا الفعل . انظر : طلبة الطلبة ص ٣٢٧ .

(يؤخذ) [١] بغير رضاه في العمد، فهو غصب عندنا فلا نسلم أنه يسمى دية.

٢٦٦٠٢ - قالوا: كل جناية تسقط إلى غير جنس الحق بالتراضي صح أن تسقط إلى جنسها بغير تراضي، أصله: إذا كانت يد القاطع ناقصة الأصابع، وإذا كانت بين قرني (المشجوج) [٢] [أوسع] [٣] مما بين (قرني) [٤] الشاج. [٥] وقد احتذوا [٦] عن مسألة. وهي: العبد إذا قطع يد مولاه أن يقتص، وليس له أن يعفو على مال؛ لأن هناك لا تسقط الجناية إلى غير جنس الدية بالتراضي، إلا أن العلة تدخل عليها مسألة. وهي من قطع يدي رجل ثم قتله. فجاء الولي فقطع يديه. فقد ثبت له أن يضرب عنقه بعد القطع. فإن تصالحا على مال بالتراضي جاز. ولو عفا الولي بالدية لم يصح [٧].

٢٦٦٠٣ - فإن قالوا: هذه الجناية كان له أن يعفو عنها على مال. وإنما سقط ذلك باستيفائه اليدين [٨].

٢٦٦٠٤ - قلنا: هما جنايتان مختلفتان عندكم [٩]، فإذا استوفى أحدهما لم يتعين حكم الأخرى، والمعنى في الأصل أن صاحب الحق (تعذر) [١٠] عليه استيفاء حقه من جنسه بكماله، فلم يجز له العدول عنه بغير تراض.

٢٦٦٠٥ - (قالوا) [١١]: (لم) [١٢] يتعذر استيفاء كل حقه. وإنما تعذر بعضه.

---

(١) في ب و ج (يوجد) وهو تحريف. (٢) في ب وج (المستجرح) وهو تحريف.

(٣) في النسخ الثلاثة (أضيق) والصواب ما أثبته لما ورد في كتب الشافعية. ويؤكده جواب الإمام القدوري ﷺ عن دليلهم هذا. (٤) في ب و ج (مرمي) وهو تحريف.

(٥) انظر: النكت للشيرازي ورقة ب ٢٥٥ وعبارته: ولأن القصاص يجوز تركه إلى غير جنس الدية بالتراضي، فجاز تركه إلى جنس الدية بغير تراض كما لو كانت يد الجاني أنقص الأصابع أو رأسه أصغر.

(٦) احتذوا: أي صاروا على مثاله، تقول: احتذى مثال فلان أو به: سار على مثاله. انظر: المعجم الوسيط (١٧٠/١) مادة حذو.

(٧) انظر: الأم (١٣/٦) حيث قال الإمام الشافعي ﷺ: فإن قالوا: نقطع يديه ثم نأخذ دية أو بعضها لم يكن ذلك لهم. وانظر: تحفة المحتاج (٤٤٦/٨).

(٨) انظر: الأم (١٣/٦) حيث قال الإمام الشافعي ﷺ: وقيل: إذا قطعتم يديه فقد أخذتم منه ما فيه الدية فلا يكون لكم عليه زيادة إلا القطع أو القتل. فأما مال فلا.

(٩) هو كما قال الإمام القدوري جنايتان مستقلتان عند الشافعية. جاء في إخلاص المناوي (٥٠/٤) ما نصه: ولو قطع يد رجل ثم ذفف عليه. فعفا الولي عن القطع، لم يسقط القصاص في النفس. وإن عفا عن النفس، لم يسقط القصاص في الطرف؛ لأن كلا منهما حق مستقل.

(١٠) في ب و ج (يقدر) وهو تحريف. (١١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج.

(١٢) في ب و ج (فلم).

فيجب أن يأخذ الموجود وعوض المعدوم بقدر ، كمن وجد بعض طعامه [١] .

٢٦٦٠٦ - قلنا : قد بينا أن الأصابع ليست حقه ، وإنما حقه قطع الزَّنْد ، والأصابع صفة لليد فلم [يتعذر] [٢] شيء من حقه بتمامه : وأما الحنطة ، فكل جزء منها حقه . وأما (المشجوج) [٣] . فقد (ثبت) [٤] (له) [٥] مقدار من الشجة يستوفي مثله يجاوز ما بين قرني الشاج . (وفي ذلك من) [٦] الشَّين أكثر مما لحقه . وإن اقتصر على ما بين (قرنيه) [٧] لم يجز أن يأخذ معه أرشا للفضل ، لأن صغر العضو (وكبره) [٨] لا يتقوم في الأرش ، فإن هذه في القصاص (في الشجاج) [٩] .

٢٦٦٠٧ - قالوا : قادر على إحياء نفسه ببذل بدل الحق ، فصار كالمضطر (إذا) [١٠] بذل له الطعام بثمن مثله [١١] .

٢٦٦٠٨ - قلنا : يبطل بمن قطع اليدين ثم عفا (على) [١٢] مال ، لم يلزم القاتل بذله . وإن كان يقدر على إحياء نفسه . وكذلك يبطل إذا عفا على (غير) [١٣] جنس الدية . وإن (عفا) [١٤] على أكثر من الدية [١٥] .

٢٦٦٠٩ - فإن قيل : هذا طلب أكثر من بدل (حقه) [١٦] .

---

(١) انظر : النكت للشيرازي ب ٢٥٥ وعبارته : الموجود غير ناقص ، فهو كما لو أتلف عليه قفيزًا فوجد نصفه .

(٢) في أ (تعذر) وفي ب و ج (يقدر) والصواب ما أثبته .

(٣) في ب و ج (المستجرح) وهو تحريف . (٤) في ب و ج (يثبت) .

(٥) ساقط من ج .

(٦) كذا في ب و ج . وفي أ (و ذلك في) وهو تحريف .

(٧) في ب و ج (قيمته) وهو تحريف . (٨) في ج (وكبره) وهو تحريف .

(٩) في ب و ج (الشاج) وهو تحريف . (١٠) في ب و ج (وإذا) وهو خطأ .

(١١) انظر : المغني والشرح الكبير (٤٧٤/٩) وعبارته : ولأن القاتل أمكنه إحياء نفسه ببذل الدية فلزمه . وقد أجاب الكاساني عن هذا القياس بقوله : قضيته أن يصير آثما بالامتناع . لا أن يملك الولي أخذه من غير رضاه . كمن أصابته مخمصة وعند صاحبه طعام يبيعه بمثل قيمته ، يجب عليه أن يشتريه دفعا للهلاك عن نفسه . فإن امتنع عن الشراء ، ليس لصاحب الطعام أن يدفع الطعام إليه ويأخذ الثمن من غير رضاه ، كذا هذا . انظر : البدائع (٢٤٢/٧) . وأيضا يقال : أنه بالامتناع من أداء الدية يسلم نفسه لإيفاء حق مستحق عليه ، ويمتنع من أداء ما ليس عليه . فلا يكون به ملقيا نفسه في التهلكة . انظر : المبسوط للسرخسي (٦٤/٢٦) .

(١٢) في ب و ج (عن) . (١٣) ساقط من ب و ج .

(١٤) في النسخ الثلاثة (عقل) لعله تحريف . والأصوب ما أثبته .

(١٥) كما قال الإمام القدوري رحمه الله في كل هذه الحالات يشترط رضا القاتل عند الشافعية . انظر : الأم (١٣/٦) والروضة (٢٤١/٩) ويتضح بذلك ما ذكروه . (١٦) في ب و ج (الحق) .

٢٦٦١٠ - قلنا : الدية ليست ببدل عن القصاص . وإنما هي بدل النفس . ولأن الطعام طَرْد [١] مسألتنا .

٢٦٦١١ - لأن صاحب الطعام لو بذله لم يجب له (بذله) [٢] شاء المضطر أو أبي . كذلك في مسألتنا أداء الدية لم يجب بذلها شاء أم أبي . ولأن الطعام يجب على صاحبه بذله لإحياء نفس المضطر . ولا يجب في مسألتنا العفو لإحياء نفس القاتل . فدل على الفرق بين الأمرين .

٢٦٦١٢ - قالوا : القصاص عقوبة ، فلو ثبت المال فيه (بغير) [٣] رضا لم يثبت (بالرضا) [٤] [كحد] [٥] القذف [٦] .

٢٦٦١٣ - قلنا : هذا قياس عكس لا يصح عندكم [٧] . ولأن القذف (يوجب) [٨] العقوبة ولا (يوجب) [٩] المال بوجه ، فلم يجز التراضي بالمال ، والقتل تارة يوجب المال وتارة القود ، وإذا وجب (القود) [١٠] ثم دخلته شبهة مثل أن يرث الابن قصاصًا على الأب سقط القصاص ووجب المال ، (فلذلك) [١١] جاز التراضي على المال .

٢٦٦١٤ - قالوا : إذا عفا أحد الشريكين من الدم ؛ (وجب) [١٢] للآخر المال [١٣] .

---

(١) الطرد : ما يوجب الحكم لوجود العلة ، وهو التلازم في الثبوت . انظر : التعريفات للجرجاني ص ١٥٩ .

(٢) في ب و ج (بذل) . (٣) في ب و ج (لغير) .

(٤) في ج (الرضا) وهو تحريف .

(٥) في النسخ الثلاثة (كجحد) وهو تحريف . والصواب ما أثبته .

(٦) هذا الدليل نسبه الإمام القدوري للشافعية . ولم أجد هذا الدليل في كتبهم . وقد نسبه الإمام أبو بكر الجصاص للمزني ﷺ قائلًا : احتج المزني للشافعي في هذه المسألة بأنه لو صالح من حد القذف على مال أو من كفالة بنفس ، لبطل الحد والكفالة ولم يستحق شيئًا . ولو صالح من دم عمد على مال باتفاق الجميع قبل ذلك . فدل ذلك على أن دم العمد مال في الأصل . لولا ذلك لما صح الصلح ، كما لم يصح عن حد القذف والكفالة . انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٩٤/١) .

(٧) وقياس العكس : استدلال بنقيض العلة على نقيض الحكم . قال الزركشي : اختلف أصحابنا في الاستدلال به على وجهين : أحدهما : أنه لا يصح ، وأصحهما وهو المذهب : أنه يصح . انظر : البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي (٤٩/٤٦/٥) ، وجمع الجوامع (٣٨٣/٢) . فيكون قول الإمام القدوري : لا يصح عندكم ، إنما هو على وجه في مقابل الأصح عند الشافعية .

(٨) في ب و ج (موجب) . (٩) في ب و ج (موجب) .

(١٠) كذا في أ و ج ، وفي ب (القوم) وهو تحريف .

(١١) في ب و ج (وكذلك) والصواب ما أثبته . (١٢) في ب و ج (ووجب) .

(١٣) هذا محل اتفاق بين المذاهب الأربعة . انظر : تحفة الفقهاء (٢٤٣/٣) الكافي ص ٥٩١ =

ولا يجوز أن يكون وجوبه (لعفو) [1] شريكه ، فعلم (أنه) [2] كان واجبا بنفس القتل [3] .

٢٦٦١٥ - قلنا : بل لتعذر استيفاء حقه من غير إسقاطه ، والقاتل من أهل الغرامة ، فانتقل الحق إلى المال كما دخلت فيه شبهة .

* * *

= والمهذب (١٨٩/٢) والمغني والشرح الكبير (٤٦٤/٩)

(١) في ج (بعفو) .

(٢) في ج (أن) .

(٣) انظر : الحاوي للماوردي (٩٦/١٢) وعبارته : أنه سقط بالعفو عنه ، فلم تقف الدية فيه على مراضاة كما لو عفا عنه أحدهم . وانظر أيضًا : المغني والشرح الكبير (٤٧٤/٩) .

مسألة ١٣١١

حكم انفراد الولي الكبير باستيفاء القصاص دون الولي الصغير

٢٦٦١٦ - قال أبو حنيفة (ﷺ) (١) : إذا كان الدم مشتركًا بين (كبير وصغير) (٢) ، فللكبير أن يقتص قبل بلوغ الصغير (٣) .

٢٦٦١٧ - واختلف أصحابنا المتأخرون (٤) في العبد المشترك بين الكبير والصغير .

٢٦٦١٨ - فمنهم من قال : للكبير أن يقتص . ومنهم من قال : لا يقتص (٥) .

٢٦٦١٩ - وقال أبو يوسف ومحمد [رحمهما الله] : ليس للكبير أن يقتص . وبه قال الشافعي (٦) [رحمه الله] .

---

(١) زيادة من ب و ج . (٢) في ج (صغير وكبير) .

(٣) قال الإمام الطحاوي : ومن قتل وله ابنان أحدهما كبير والآخر صغير ، فإن أبا حنيفة ﷺ قال : للكبير أن يقتل قبل أن يكبر الصغير . وقال أبو يوسف ومحمد ﷺ : ليس له ذلك حتى يكبر الصغير انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٣٩ . وانظر كذلك : المبسوط (١٧٤/٢٦) والهداية مع البناية (٤٠/١٠) . وبقول الإمام أبي حنيفة ﷺ قالت المالكية . فقد قال الإمام ابن عبد البر في ما نصه : وإن كان للمقتول ابن صغير وأخ كبير كان للأخ الكبير أن يقتص دون بلوغ الصغير ، وكذلك غيره من العصبة ، لهم تعجيل القتل ، ولا ينتظر أن يكبر البنون الصغار الكافي ص ٥٩١ .

(٤) اصطلاح : أصحابنا المتأخرون عند الحنفية يقصد به أصحاب الإمام أبي يوسف والإمام محمد وأصحاب أصحابهما . وهم كثيرون مثل : عصام بن يوسف وابن رستم ومحمد بن سماعة وأبي سليمان الجوزجاني وأبي حفص البخاري ومن بعدهم مثل : محمد بن سلمة ومحمد بن مقاتل ونصير بن يحيى وأبي الن صر القاسم ابن سلام . وأول كتاب جمع في فتواهم كتاب النوازل للفقيه أبي الليث السمرقندي . انظر : رسالة رسم المفتي من مجموعة رسائل ابن عابدين (١٧/١) .

(٥) ذكر الإمام القدوري اختلاف الأصحاب المتأخرين في العبد المشترك بين الكبير والصغير إذا قتل ، هل للكبير أن ينفرد بالاستيفاء دون الصغير ، ولم يشر إلى آراء المتقدمين فيها . وظاهر كلامه أنه لا نص في هذه المسألة عن الإمام والصاحبين . وعبارة المبسوط (١٧٦/١٧٤/٢٦) والهداية (٤٢/٤١/١٠) وتبيين الحقائق (١٠٩/٦) تشير إلى أنه لا يجوز للمولى الكبير أن ينفرد بالاستيفاء باتفاق الإمام والصاحبين . حيث استدل الصاحبان على عدم انفراد الولي الكبير بالاستيفاء دون الولي الصغير بالقياس على ما لو قتل عبد مشترك بين كبير وصغير فليس للكبير أن يستوفي دون الصغير .

(٦) انظر : الأم (١٣/٦) والمهذب (١٨٤/٢) ومغني المحتاج (٤٠/٤) . وعند الحنابلة روايتان عن الإمام =

٢٦٦٢٠ - لنا : ما رُوي أن عبد الرحمن [١] لما أصاب عليًا ﷺ (قال) [٢] : « إن مت فألحقوه [بي أخاصمه عند] [٣] الله » [٤] فقتله الحسن [٥] ، وفي ورثته [٦] صغار ، منهم العباس [٧] كان له أربع سنين ، وأكثر أولاده كانوا صغارًا [٨] وهذا بحضرة الصحابة من غير نكير ولا اعتراض . وروي أنه قال للحسن : « أما أنت با

= أحمد . قال المرداوي : وإن كان بعضهم صغيرًا أو مجنونًا ، فليس للبالغ العاقل الاستيفاء حتى يصيرا مكلفين في المشهور . وهو المذهب ، نص عليه . وعنه : له ذلك . انظر : الإنصاف (٤٨٢/٩) وانظر كذلك : المغني والشرح الكبير (٤٥٨/٩/٤٥٩) . ومما سبق يمكن القول إن الإمام أبا حنيفة يرى جواز استيفاء الكبير دون بلوغ الصغير . وهو قول المالكية . وهو رواية عن الإمام أحمد في مقابل المشهور عنه ، وبه قال حماد والأوزاعي والليث . بينما يرى الصاحبان من الحنفية والشافعية عدم جواز انفراد الكبير دون الصغير . وهو المذهب عند الحنابلة . وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى وإسحاق . وروي عن عمر بن عبد العزيز ﷺ .

(١) هو عبد الرحمن بن ملجم . قاتل علي ﷺ . خارجي . شهد فتح مصر . وكان ممن قرأ القرآن والفقه . وكان من العباد . كان من شيعة علي ﷺ وشهد معه صفين . ثم خرج عليه . وهو عند الخوارج من أفضل الأمة ، وكذلك تعظمه النصيرية . قتله الحسن ﷺ . انظر : تاريخ الإسلام ، عهد الخلفاء الراشدين ص ٦٥٣ وفيات الأعيان (٦٥/٢/٧/٢١٨) (٢) ساقط من ب .

(٣) في أ (في إجماضه عبد) وفي ب و ج (في أخماصه عبد) . والصواب ما أثبته بناء على رواية الأثر .

(٤) وفيه ما يلي : وأخذ عبد الرحمن بن ملجم فأدخل على علي فقال : « أطيبوا طعامه وألينوا فراشه ، فإن أعش فأنا أولى بدمه عفوا أو قصاصًا . وإن مت فألحقوه بي أخاصمه عند رب العالمين » انظر : طبقات ابن سعد (٣٧/٣) وأخرج الحاكم عن مجالد عن الشعبي قال : لما ضرب ابن ملجم عليًا تلك الضربة أوصى به علي فقال : « قد ضربني فأحسنوا إليه وألينوا فراشه ، فإن أعش : فهضم : أو قصاص ، وإن مت : فعاجلوه فإني مخاصمه عند ربي ﷻ » انظر : المستدرك كتاب معرفة الصحابة (١٤٤/٣) .

(٥) هو الحسن بن علي بن أبي طالب القرشي الهاشمي ، أبو محمد المدني . سبط رسول الله ﷺ ، وريحانته من الدنيا ، وأحد سيدي شباب أهل الجنة . وأمه فاطمة بنت رسول الله ﷺ . كان أشبه الناس برسول الله ﷺ . ولد في النصف من رمضان سنة ثلاث من الهجرة . وتوفي ﷺ سنة (٤٨هـ) . وقيل غير ذلك . وصلى عليه سعيد بن العاص ، ودفن بالبقيع . انظر : تهذيب الكمال (٢٢٠/٦) ووفيات الأعيان (٦٥/٢) وأسد الغابة (١٠/٢) . (٦) في ب و ج (رواية) .

(٧) هو العباس بن علي بن أبي طالب ﷺ ، يقال : إنه قتل بالطَّف وهو موضع قريب من الكوفة . انظر : تهذيب الكمال (٤٧٩/٢٠) .

(٨) أخرج الإمام البيهقي عن الإمام الشافعي . قال الشافعي ﷺ : قال أبو يوسف عن رجل عن أبي جعفر أن الحسن بن علي ﷺ قتل ابن ملجم بعلي ﷺ . قال أبو يوسف : وكان لعلي ﷺ أولاد صغار . انظر : السنن الكبرى (٥٨/٨) . وانظر كذلك : آداب الإمام الشافعي ومناقبه لابن أبي حاتم ص (١٧٥/١٧٦) تحقيق : عبدالغني عبدالخالق مكتبة الخانجي ط الثانية سنة ١٩٩٣م ، وزاد ابن سعد في طبقاته : والعباس بن علي يومئذ صغير ، فلم يستأن به بلوغه . انظر : طبقات ابن سعد (٤٠/٣) .

حسن ، فإن شئت أن تعفو فاعف ، وإن شئت أن (تقتص فاقتص) [١] (بضربة) [٢] واحدة ، وإياك والمُثْلَة [٣] ؛ فإني سمعت رسول الله ﷺ (نهى) [٤] عن المثلة ولو بالكلب العقور » [٥] .

٢٦٦٢١ - قالوا : قتله بالكفر ؛ لأن النبي ﷺ قال لعلي ﷺ : « إن أشقى الأولين عاقر ناقة صالح ، وأشقى الآخرين من خضب هذه من [٦] هذا » [٧] .

٢٦٦٢٢ - ولأن ابن ملجم اعتقد إباحة دم ، ومن اعتقد إباحة ما يقطع في الشرع تحريمه كفر ، كمعتقد إباحة الخمر [٨] .

٢٦٦٢٣ - [قلنا] [٩] : فلا يصح لمن (انتصر ماهية) [١٠] أن (يتناول) [١١] فيما

---

(١) كذا في أ و ج ، وفي ب (تقبض فاقبض) . (٢) في ب و ج (فضربة) .

(٣) المُثْلَة : هو أن يُجْدَعَ المقتول أو يُسْمَلَ أو يقطع عضو منه . انظر : طلبة الطلبة ص ١٨٨ .

(٤) ما بين القوسين ساقط من أ . وما أثبته من ب .

(٥) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير قال : قال علي للحسن ﷺ : « إن بقيت رأيت فيه رأيي ، وإن هلكت من ضربتي هذه ، فاضربه ضربة ولا تمثل به . فإني سمعت رسول الله ﷺ نهى عن المثلة ولو بالكلب العقور » . انظر : المعجم الكبير (١٠٠/١) وأخرجه أيضًا الهيثمي في مجمع الزوائد (١٩٥/٩) .والكلب العقور : هو كل سبع يعقر : أي يجرح ويقتل ويفترس كالأسد والنمر والذئب . سماها كلبا لاشتراكها في السبعية . والعقور من أبنية المبالغة . انظر : النهاية لابن الأثير (٢٧٥/٣) .

(٦) في النسخ الثلاثة (مثل) ولعله تحريف . وما أثبته أقرب إلى الروايات التي ورد في كتب الحديث .

(٧) أخرجه الحاكم عن يزيد بن محمد بن خثيم المحاربي عن محمد بن كعب القرظي عن محمد ابن خثيم عن عمار بن ياسر ﷺ . في حديث طويل . وفيه : فقال رسول الله ﷺ : « ألا أحدثكما بأشقى الناس ؟ رجلين » ، قلنا بلى يا رسول الله . قال : أحيمر ثمود الذي عقر الناقة ؛ والذي يضربك يا علي على هذا - يعني قرنه - حتى تبتل هذه من الدم - يعنى لحيته » في : المستدرك كتاب معرفة الصحابة (١٤١/١٤٠/٣) قال الحاكم : حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه . الإمام أحمد في المسند (٢٦٣/٤) والنسائي في كتابه خصائص الإمام علي بن أبي طالب ص ٢٧٩ والبيهقي في السنن الكبرى ٥٨/٨ والهيثمي في مجمع الزوائد . كتاب المناقب باب وفاة علي ﷺ (١٣٦/٩) برقم ١٤٧٧٥ وقال : ورجال الجميع موثقون إلا أن التابعي لم يسمع من عمار .

(٨) الحاوي (١٠٣/١٢) والمغني والشرح الكبير (٤٥٩/٩) .

(٩) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة . والظاهر سقوطه منها ، لأن ما بعدها جواب الإمام القدورى عن اعتراض الشافعية .

(١٠) كذا في النسخ الثلاثة ، ويحتمل أن يكون صواب العبارة هو : اعتقد مذهبا . والله أعلم .

(١١) في ب و ج (يتنا) . والصواب ما أثبتناه .

لا يصح على مذهبه . وقد نص على قبول شهادة الخوارج على المسلمين [١] ، فدل على (أنه) [٢] لم يكفرهم .

٢٦٦٢٤ - ولأن عليًا ﷺ قال : [اقتله بضربة] [٣] ، وهذا يدل على أنه ليس بكافر ، وإنما يقتل قصاصًا . وقال : « لا تمثل به » والمرتد يجوز المثلة به [٤] .

٢٦٦٢٥ - وقال للحسن : « إن شئت أن تعفو فاعف » وقال : « إن مت فألحقوه بي » ولو كان كافرًا لم (يقف) [٥] قتله على شرط الموت . وأما قولهم : إنه كفر باعتقاد إباحة قتله . فلو كان كذلك لم يقل (علي) [٦] ﷺ للخوارج : « لكم علينا أن لا نمنعكم المساجد ، ولا نمنعكم حقكم من الفيء » [٧] . ولأن الكفر إنما يكون باعتقاد ما (يشترك) [٨] في معرفة تحريمه الخاصة والعامة .

٢٦٦٢٦ - فأما الخبر الذي احتجوا به ، فرواه يزيد [٩] بن (خثَيم) [١٠] عن أبيه [١١] . وهما لا (يعرفان) [١٢] . وخبر الواحد الصحيح لا يقبل في

---

(١) نص الإمام الشافعي ﷺ على قبول شهادة من استحل دماء المسلمين بتأويل كان له وجه يحتمله . وقال : فكل مستحل من قول أو غيره ، فشهادته ماضية ، لا ترد من خطأ في تأويله انظر : الأم (٦/٢٢٢) .

(٢) كذا في ب و ج . وفي أ (أنهم) وهو خطأ ، لأن الضمير يعود إلى الإمام الشافعي ﷺ .

(٣) في أ (اقتله فضربة) وفي ب و ج (أصله فضربة) . والصواب ما أثبته .

(٤) هذا عند الحنفية . وعند الشافعية : لا تجوز المثلة بالمرتد ، وإنما يقتل بضرب العنق دون الإحراق ونحوه للأمر بإحسان القتلة ، وللنهي عن المثلة . انظر : مغني المحتاج (٤/١٤٠) .

(٥) في ج (يعف) .

(٦) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٧) السنن الكبرى (٨/١٨٤) .

(٨) في ج (اشترك) .

(٩) هو يزيد بن محمد بن خُثَيم المحاربي . روى عن محمد بن كعب القرظي . وروى عنه محمد بن إسحاق قال البخاري : لا يعرف سماع يزيد من محمد . وقال يحيى بن معين : ليس به بأس . وذكره ابن حبان في الثقات . انظر : التاريخ الكبير للبخاري (١/٧١) برقم ١٧٥ والجرح والتعديل لابن أبي حاتم (٩/٢٨٨) برقم ١٢٢٩ وثقات ابن حبان (٧/٦٢٨) وتهذيب التهذيب (١١/٣١٢) .

(١٠) في ب و ج (خيثم) .

(١١) هو محمد بن خُثَيم ، أبو يزيد المحاربي . والد يزيد بن محمد بن خثيم . روى عن عمار بن ياسر وروى عنه محمد بن كعب القرظي . ذكره ابن حبان في الثقات . انظر : التاريخ الكبير (١/٧١) برقم ١٧٥وثقات ابن حبان (٧/٤٠٢) .

(١٢) في ب و ج (لا يعرفان خبر) . وما قاله الإمام القدوري من أنهما لا يعرفان هو قول علماء الحديث . فقد قال الإمام البخاري : وهذا إسناد لا يعرف سماع يزيد من محمد ، ولا محمد بن كعب من ابن خثيم ، وابن خثيم من عمار . وقال الذهبي : محمد بن خثيم عن عمار بن ياسر لا يعرف وكأنه الأول . وقال أيضًا : لعله الأول ، وإلا فلا يدرى من هو . وقال الهيثمي بعد ما ذكر الحديث الذي رواه يزيد : ورجال الجميع =

(الإكفار) [١] فكيف الضعيف ، [٢]

٢٦٦٢٧ - فإن قيل : كان في ورثته كبار فلم يُستأذنوا [٣] .

٢٦٦٢٨ - قلنا : لم يكن فيهم غائب إلا الحسن ، كان بالمدائن [٤] قد سار على (مقدمة) [٥] . فلما أصيب بعث خلفه فحضر . وتولى قتله مع ابن جعفر [٦] ، ومثلا به [٧] ، وكان (الحسن) [٨] يستغفر اللّٰه من ذلك ، وحج ماشيًا تقاد رواحله [٩] . وقد أجمعنا أن القتل لا يجوز إلا برضا الوارث الخاص ، (و) [١٠] الظاهر أنهم (استأذنوا) [١١]

= موثقون إلا أن التابعي لم يسمع من عمار . انظر : التاريخ الكبير للبخاري (٧١/١) برقم ١٧٥ ، وميزان الاعتدال (٥٣٦/٣) برقم ٥٤٧٠ ، ومجمع الزوائد (١٣٦/٩) ، وثقات ابن حبان (٤٠٢/٧) .

(١) في ب و ج (الاكفا) . والإكفار : مصدر أكفر ، تقول : أكفر غيره : نسبه إلى الكفر . انظر : المعجم الوسيط (٨٢٣/٢) .

(٢) وما قاله الإمام القدورى إنما هو في رواية يزيد بن خثيم . فقد أخرج الإمام الطبراني في المعجم الكبير (١٠٦/١) نحوه عن أبي سنان الدؤلي . قال الهيثمي : رواه الطبراني بإسناد حسن . انظر : مجمع الزوائد (١٨٨/٩) وأخرج الحاكم عن حيان الأسدي نحوه وصححه . انظر : المستدرك (١٤٢/٣) وأخرج الطبراني عن صهيب نحوه . قال الهيثمي : رواه الطبراني وأبو يعلى . وفيه رشدين بن سعد . وقد وثق . وبقية رجاله ثقات . انظر : مجمع الزوائد (١٨٦/٩) .

(٣) وقال الماوردي : أنه قد كان في شركائه من البالغين من لم يستأذنه . لأن عليًا خلف حين قتل على ما حكاه بعض أهل النقل ستة عشر ذكرا وست عشرة أنثى انظر : الحاوي للماوردي (١٠٣/١٢) .

(٤) المدائن : كان مسكن الملوك من الأكاسرة الساسانية وغيرهم . فكل واحد منهم إذا ملك بنى لنفسه مدينة إلى جنب التي قبلها . وسماها باسم ، فسميت بذلك . وكان فتح المدائن على يد سعد بن أبي وقاص سنة (١٦ هـ) في عهد عمر بن الخطاب . فلما اختطت الكوفة والبصرة انتقل إليهما الناس عن المدائن . انظر : معجم البلدان (٧٤/٥) .

(٥) كذا في ب و ج . وفي أ (مقدمته) .

(٦) هو عبد اللّٰه بن جعفر بن أبي طالب القرشي الهاشمي ، أبو جعفر . وأمه أسماء بنت عميس الخثعمية ولد بأرض الحبشة لما هاجر أبواه إليها . وهو أول مولود ولد بها في الإسلام . وكان سيدًا عالمًا سخيًا جوادًا حليمًا . وللشعراء فيه مدائح ، وله أخبار . وكان يوم صفين أحد الأمراء في جيش علي بن أبي طالب رضي اللّٰه تعالى عنه . توفي بالمدينة سنة ثمانين ، وقيل غير ذلك . انظر : تهذيب الكمال (٣٦٧/١٤) وشذرات الذهب (٨٧/١) وتاريخ الإسلام (٤٢٨/٢) وسير أعلام النبلاء (٤٥٦/٢) .

(٧) انظر : طبقات ابن سعد (٤٠/٣٩/٣) .

(٨) في ب و ج (الحسين) .

(٩) أخرج الحاكم عن عبيد بن عمير قال : لقد حج الحسن بن علي خمسًا وعشرين حجة ماشيًا ، وإن النجائب لتقاد معه . انظر : المستدرك كتاب معرفة الصحابة (١٦٩/٣) . والنجائب مفردها : نجيبة ، وهي خيار الإبل . انظر : المعجم الوسيط (٩٣٦/٢) مادة نجب .

(١٠) ساقط من ب و ج .

(١١) في ب و ج (استؤذنوا) .

ولم يخالفوا الإجماع .

٢٦٦٢٩ - فإن قيل : قتله لأنه سعى في الأرض بالفساد (بقتله) [(١)] الإمام [(٢)] .

٢٦٦٣٠ - قلنا : لو كان كذلك لم يجز العفو . وقد قال للحسن : « إن شئت فاعف » ولأن الساعي في الأرض بالفساد (يقتله) [(٣)] الإمام ، والحسن قتله قبل أن يبايعه الناس .

٢٦٦٣١ - فإن قيل : جواز انفراد الكبير بالقتل يسوغ فيه الاجتهاد ، وقد قال به بعض أهل الكوفة وأهل المدينة [(٤)] فلذلك لم ينكروه .

٢٦٦٣٢ - قلنا : لم تجر عادة المجتهدين إذا بدرت حادثة أن يمسكوا عن ذكر الخلاف ، وإن كان في مسائل الاجتهاد ، وهذا القول يسقط الاحتجاج بفعل الواحد من الصحابة ، وترك (إنكار) [(٥)] الباقين عليه [(٦)] .

٢٦٦٣٣ - ولأن القصاص أحد بدلي النفس ، فصغر الشريك (فيه) [(٧)] لا يمنع الباقين من الاستيفاء ، أصله : الدية .

٢٦٦٣٤ - فإن قيل : المعنى في الدية : أن استيفاء الكبار لحقهم لا يؤدي إلى إتلاف حق الصغار . وفي مسألتنا استيفاء حق الكبار يؤدي إلى إتلاف (حق) [(٨)] الصغار .

---

(١) في ب و ج (بقتل) .
(٢) المغني والشرح الكبير (٤٥٩/٩) .
(٣) في ج (بقتله) .
(٤) من أهل الكوفة : الإمام أبو حنيفة رحمه الله . ومن أهل المدينة : قال به الإمام مالك رحمه الله .
(٥) في ب و ج (إمكان) .
(٦) إذا قال بعض المجتهدين قولاً في المسائل التكليفية الاجتهادية ، وعرفه الباقون فسكتوا عن الإنكار ، ولم يظهر علامات سخط ولا خوف يمنع الساكت عن المخالفة ، فأكثر الحنفية والإمام أحمد وبعض الشافعية كأبي إسحاق الشيرازي يرون أنه إجماع . وهو قول أكثر الأصحاب عند المالكية . وذهب إمام الحرمين والغزالي والآمدي إلى أنه ليس بإجماع ولا حجة ، ونقل ذلك الغزالي عن الإمام الشافعي . لكن قال الرافعي : المشهور عند الأصحاب أن الإجماع السكوتي حجة ، لأنهم لو لم يساعدوه لاعترضوا عليه ، وهل هو إجماع أو لا فيه وجهان : الأول : أنه حجة وليس بإجماع . والثاني : أنه إجماع بعد انقراض العصر . وذهب أبو علي بن أبي هريرة إلى أنه إن كان هذا القول من حاكم لم يكن إجماعًا ولا حجة ، وإلا فإجماع . وذهب أبو إسحاق المروزي إلى أنه إن كان هذا القول من حاكم كان إجماعًا وحجة ، وإلا فلا . انظر : فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت المطبوع على هامش المستصفى للغزالي (٢٣٢/٢) ط بولاق ، وتيسير التحرير (٢٤٦/٣) ، وإحكام الفصول للباجي ص٤٠٧ ، واللمع للشيرازي ص٤٩ ، والإبهاج في شرح المنهاج للسبكي (٣٨٠/٢) ، وشرح مختصر الروضة (٧٩/٣) .
(٧) ما بين القوسين زيادة من ب و ج .
(٨) ساقط من ب .

٢٦٦٣٥ - قلنا : لا يمتنع أن (يثبت) [1] لأحد الشريكين التصرف في حقه ، وإن أدى إلى تلف حق شريكه ، بدلالة العتق على أصلهم [2] ، والعفو عن القصاص على الأصلين [3] ، وإسقاط الفسخ لعدم الكفاءة عندنا [4] .

٢٦٦٣٦ - (ولأن) [5] القصاص إذا ثبت [ولم يكن يُتولى عليه] [6] ، جاز لمن يلي ويولى عليه أن ينفرد باستيفائه ، أصله : إذا قتل من لا وارث له ؛ ثبت القصاص للإمام والمسلمين ، ثم ينفرد الإمام بالاستيفاء .

٢٦٦٣٧ - فإن (قيل) [7] : الإمام يستوفي بولاية مطلقة ، وكذلك لا يستأذن الكبار [8] .

٢٦٦٣٨ - قلنا : لأنه يلي عليه .

٢٦٦٣٩ - فإن قيل : (ذلك) [9] القصاص [منحتم] [10] لا يجوز العفو عنه .

٢٦٦٤٠ - قلنا : لا نسلم أن الإمام يجوز له أن يعفو على مال .

٢٦٦٤١ - ولأن القصاص معنى لا يتبعض ، فإذا اشترك في سببه صغير وكبير ، جاز أن ينفرد باستيفائه ، أصله : النكاح : ولا يلزم العبد المشترك ، (لأن) [11] للمولى السبب لا يتبعض . وهو (القرابة) [12] . فإذا ألزموا العبد [13] . قلنا [14] : ثبت

---

(١) في ب ج (ثبت) .

(٢) عند الشافعية : إن كان بين نفسين عبد فأعتق أحدهما نصيبه ، فإن كان موسرا قوم عليه نصيب شريكه رعتق . وإلا فقد عتق منه ما عتق ورق منه ما رق . انظر : المهذب (٣/٢) ومغنى المحتاج (٤٩٥/٤) .

(٣) باتفاق المذاهب الأربعة : إذا عفا بعض الورثة عن القصاص سقط القصاص ولم يبق لأحد إليه سبيل . انظر : الهداية مع البناية (٧٣/١٠) الشرح الكبير للدردير (٢٦١/٤) والمهذب (١٨٩/٢) والمغني والشرح الكبير (٤٦٤/٩)

(٤) عند الحنفية : لو تزوجت المرأة غير كفء ، فللولي أن يفرق . وإن رضي به أحد الأولياء فليس لغيره الاعتراض . انظر : ملتقى الأبحر (٢٤٦/١) .

(٥) في ب و ج (فلأن) .

(٦) في النسخ الثلاثة (لم يكن ويتولى عليه) .

(٧) في ب (قيل له) .

(٨) انظر : الحاوي للماوردي (١٠٤/١٢) وعبارته : أنه لما لم يتعين مستحقه وكان للكافة ، تفرد به من ولى أمورهم . وهذا قد تعين مستحقه فافترقا .

(٩) في ب و ج (هذا) .

(١٠) في أ (منحم) وفي ب (منجم) وفي ج (محتم) . والصواب ما أثبته .

(١١) في ج (لأنه) .

(١٢) في ج (القران) .

(١٣) استدل الصاحبان بأن هذا قصاص مشترك بين الكبير والصغير ، ولا ولاية للكبير على الصغير ، فلا يملك استيفاءه ، كما لو قتل عبد مشترك بينهما انظر : المبسوط (١٧٤/١) .

(١٤) في النسخ الثلاثة (قالوا) والصواب ما أثبته . لأن ما بعدها جواب الإمام القدوري عن إلزام المخالف . قال السرخسي : وهذا بخلاف ما إذا قتل عبدا مشتركا بين الصغير والكبير ، لأن السبب هناك الملك ، وهو غير متكامل =

القصاص (بسبب يتبعض) [١] وهو الملك .

٢٦٦٤٢ - فإذا قيل : النكاح (يثبت) [٢] استيفاؤه لكل ولي (على) [٣] الانفراد ، وليس كذلك القصاص .

٢٦٦٤٣ - لأنه لا يثبت حق الاستيفاء لكل (وارث) [٤] على الانفراد [٥] .

٢٦٦٤٤ - قلنا : هذا القول يبطل بالقصاص (الثابت) [٦] بين الإمام والمسلمين . ولأن عندنا لا فرق بين النكاح (والقصاص . يثبت استيفاء القصاص لكل واحد ، إلا أنه لا يجوز أن ينفرد باستيفائه أحد الكبيرين) [٧] لجواز أن يكون الآخر عفا ، فيسقط حق المستوفى . ومتى كان الشريك صغيرًا لم يتصور العفو منه ، فجاز للكبير أن يستوفي . ويدل عليه [٨] أن [٩] القصاص إذا ثبت للأب وابنه الصغير جاز للأب أن يستوفيه ، بدلالة أن القصاص أحد بدلي النفس ، فإذا ثبت بين الأب والابن جاز [١٠] للأب الانفراد بالاستيفاء كالدية .

٢٦٦٤٥ - ولأن الأب يلي في حقوق ابنه بنفسه ، كما يلي في حقوق نفسه . فإذا جاز أن يستوفي (حق) [١١] نفسه ، كذلك (حق) [١٢] ابنه [١٣] .

٢٦٦٤٦ - احتجوا : بقوله (ﷺ) [١٤] : « من قتل قتيلا فأهله بين

= لكل واحد منهما . فإن ملك الرقبة يحتمل التجزؤ ، ولهذا لم يكن لأحد المولين في الأمة ولاية تزويجها بانفراده . بخلاف ما نحن فيه ، فالسبب هناك القرابة . وهو مما لا يحتمل التجزؤ . انظر : المبسوط (١٧٥/١٧٤/٢٦) .

(١) في ب (لسبب يتبعض) وفي ج (لسبب لا يتبعض) .

(٢) في ب و ج (ثبت) .

(٣) في ب و ج (عن) .

(٤) في ب و ج (وارد) .

(٥) وقال الماوردي : إن ولاية النكاح يستحقها كل واحد منهم ، فجاز أن ينفرد بها أحدهم . والقود يستحقه جميعهم ، فلم يجز أن ينفرد به بعضهم انظر : الحاوي للماوردي (١٠٣/١٢) .

(٦) في ب (الثابت) .

(٧) قوله : والقصاص يثبت - إلى آخر قوله - أحد الكبيرين ساقط من ب و ج .

(٨) في النسخ الثلاثة (على) والصواب ما أثبته نظرا لسياق الكلام .

(٩) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(١٠) في ج (جاز أن يثبت) .

(١١) في ب و ج (في حق) .

(١٢) ما بين القوسين ساقط من ج .

(١٣) والجامع بينهما : حاجتهما إلى استيفاء القصاص لاستيفاء النفس . وعجز الصغير عن الاستيفاء بنفسه . وقدرة الكبير على ذلك . وكون تصرفه في النظر والشفقة في حق الصغير مثل تصرف الصغير بنفسه لو كان أهلا . انظر : البدائع (٢٤٣/٧) .

(١٤) في ب و ج (ﷺ) .

خيرتين » [١] .

٢٦٦٤٧ - قلنا : هذا في [الأهل] [٢] الذين يصح أن يتخيروا القصاص والدية ، وهذا في البالغ ، فأما الصغير فلا يصح أن يتخير .

٢٦٦٤٨ - قالوا [٣] : قود غير [متحتم] [٤] ، فإذا وجب لعدد لم يملك بعضهم أن يستوفيه ، كما لو (كان) [٥] كلهم (كبارًا) [٦] .

٢٦٦٤٩ - قلنا : قولكم : « فإذا وجب لعدد » ، فإن أردتم [به الوجوب] [٧] (فلا نسلم أنه وجب للجماعة ، وإنما يثبت للكبار خاصة . وإن أردتم به الاستيفاء) [٨] فلا نسلم أن سبب القصاص وجب لهم .

٢٦٦٥٠ - (نسلم) [٩] أنه لا يمنع أن (يثبت) [١٠] سبب الحق [فيساوى] [١١] فيه الكبير والصغير ، وينفرد الكبير بالاستيفاء (كسبب) [١٢] ولاية النكاح ، والمعنى في الكبير أن أحدهما لا مولى عليه ، فلم يجز للآخر أن ينفرد بالقصاص .

٢٦٦٥١ - وفي مسألتنا أحدهما مولى عليه ، فجاز [لمن] [١٣] يلي أن يستوفي كالقصاص الثابت (للمسلمين) [١٤] يستوفيه الإمام . ولأن (في الكبيرين) [١٥] يتصور (من) [١٦] كل واحد منهما إسقاط حق الآخر بعفوه ، فلا يجوز له أن ينفرد بالاستيفاء ، (والصغير لا يتصور منه إسقاط حق شريكه بعفو ، فجاز لشريكه أن ينفرد بالاستيفاء) [١٧]

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) في النسخ الثلاثة (الأصل) ، والصواب ما أثبتناه .

(٣) وقال الماوردي : لأن القود إذا تعين لجماعة لم يجز أن ينفرد به بعضهم ، كما لو كانوا جميعا أهل رشد انظر : الحاوي للماوردي (١٠٣/١٢) . وانظر كذلك : المغني والشرح الكبير (٤٥٩/٩)

(٤) في أ و ج (متحم) وفي ب (منجم) والصواب ما أثبته .

(٥) في ب و ج (كانوا) .

(٦) في ب و ج (كبار) .

(٧) ما بين المعقوفين في النسخ الثلاثة (الاستيفاء) .

(٨) قوله : فلا نسلم - إلى آخر قوله - به الاستيفاء ساقط من ب و ج .

(٩) كذا في ب و ج . وفي أ (فمسلم) .

(١٠) في ب و ج (ثبت) .

(١١) في أ و ب (فساوى) وفي ج (يساوي) .

(١٢) كذا في ب و ج . وفي أ (لسبب) .

(١٣) في النسخ الثلاثة (كمن) . والصواب ما أثبته .

(١٤) في ب و ج (للمسلم) .

(١٥) في ب و ج (الكبير) .

(١٦) في ب و ج (في) .

(١٧) قوله : والصغير لا يتصور منه - إلى آخر قوله - أن ينفرد بالاستيفاء ساقط من ب و ج .

كالإمام . (لما) [١] لم يجز للمسلمين إسقاط حق الإمام من القصاص بالعفو ، جاز للإمام أن ينفرد باستيفاء القصاص .

٢٦٦٥٢ - قالوا : لا يخلو (إما) [٢] أن يكون القصاص للكبير [أو] [٣] للصغير [أو] [٤] يكون لهما .

٢٦٦٥٣ - ولا يجوز أن يكون كله للكبير ؛ لأنه لو كان كذلك وجب إذا عفا أن يسقط حق الصغير . (فلما انتقل حق الصغير) [٥] مالًا علم أن الدم بينهما .

٢٦٦٥٤ - ولأن الدم مستحق بالإرث ، وهو مشترك كسائر المواريث . وإذا ثبت أنه بينهما لم يجز للكبير أن يستوفيه لنفسه وللصغير ، لأنه لا ولاية له عليه ، بدلالة أنه لا يستوفي القصاص الذي ينفرد به ، ولا يجوز أن يستوفيه لنفسه لأنه لا يملكه [٦] .

٢٦٦٥٥ - قلنا : [سبب] [٧] القصاص الذي هو الإرث ثبت لهما ، والاستيفاء للكبار خاصة كما قدمنا .

٢٦٦٥٦ - ولأنه ليس يمتنع أن يكون الحق لهما ، ويملك الكبير أن يستوفي جميعه ، وإن كان الصغير لو انفرد بالحق (لم يستوفه) [٨] الكبير ألا ترى أن (الأب) [٩] في البكر البالغ عند مخالفنا لا يملك التصرف في أموالها ، ثم يملك التصرف بإيجاب المهر وقبضه ، لأنه ولي [ما] [١٠] لا [ينفك] [١١] عن ثبوت المهر ؟ .

٢٦٦٥٧ - وعلى هذا ، الجد في تزويج الصغير إذا كان الأب رضي على المذهبين ، وكذلك العم والأخ إذا زوجا الصغيرة عندنا . وكذلك مسألتنا ، يملك أن يستوفي لحق نفسه ما لا ينفك عن حق الصغير [فينتقل] [١٢] تصرفه في نصيب الصغير تبعا لحقه ، وإن كان الصغير لو انفرد بالحق لم يجز للكبير التصرف فيه . وعلى هذا عتق نصيب (أحد) [١٣] الشريكين (عند مخالفنا) [١٤] يوجب عتق نصيب شريكه ، ولو انفرد

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(٣) في النسخ الثلاثة (و) . والصواب ما أثبتناه .
(٤) في النسخ الثلاثة (و) والصواب ما أثبتناه .
(٥) ما بين القوسين ساقط من ج .
(٦) انظر : المبسوط (١٧٤/٢٦) والبدائع (٢٤٢/٧) حيث ورد ذلك في أدلة الصاحبين .
(٧) في أ (يثبت) وفي ب وج (ثبت) . والصواب ما أثبته .
(٨) في النسخ الثلاثة (لم يستوفيه) . والصواب ما أثبته .
(٩) في ب و ج (الإرث) .
(١٠) في النسخ الثلاثة (مما) . والصواب ما أثبتناه .
(١١) في النسخ الثلاثة (ينقل) .
(١٢) في ا (فينقل) وفي ب وج (فنقل) .
(١٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(١٤) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

الشريك بالعبد لم يملك شريكه التصرف فيه .

٢٦٦٥٨ - قالوا : أحد بدلي النفس ، فلا يملك شريك الصغير أن ينفرد باستيفائه كالدية [١] .

٢٦٦٥٩ - قلنا : الدية تتبعض فانفرد الكبير باستيفاء حقه . والقصاص لا يتبعض فيستوفى الكبير حقه ويتبعه حق الصغير ،غُاّ م ألا ترى أن العتق لما لم يتبعض عند مخالفنا ، كان استيفاء (أحد) [٢] الشريكين (لحقه) [٣] يوجب أن يتبعه نصيب الشريك ، والبيع لما تبعض لم (يتبع) [٤] نصيب أحد الشريكين نصيب الآخر فيه .

٢٦٦٦٠ - قالوا : قصاص مشترك بين كبير وصغير فصار كالعبد المشترك [٥] .

٢٦٦٦١ - قلنا : من أصحابنا من التزم (هذا) [٦] وقال : للمولى الكبير أن يستوفي ، ومنهم من قال : لا يستوفي .

٢٦٦٦٢ - لأن ولايته لسبب متبعض وهو المال (فتبعض) [٧] . (بيان) [٨] الفرق بينهما : أن ولاية الآخرين في النكاح لما (ثبتت) [٩] (لسبب) [١٠] يتبعض وهو الملك [١١] .

* * *

---

(١) انظر : المبسوط (١٧٤/٢٦) والمغني والشرح الكبير (٤٥٩/٩) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٣) في ج (حقه) .

(٤) في ب و ج (ينفع) .

(٥) وانظر أيضًا : المبسوط ١٧٤/٢٦

(٦) في ب و ج (ذلك) .

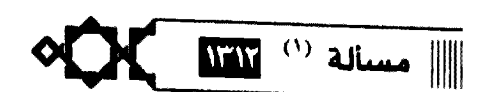
(٧) في ب (فبقض) وفي ج (فنقص) .

(٨) في ب و ج (تبين) .

(٩) في ب (ثبت)

(١٠) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(١١) أي أن القياس مع الفارق ؛ لأن السبب في العبد المشترك وفي النكاح يتبعض ، وهو غير متكامل لكل واحد منهما ، ولهذا لم يكن لأحد الموليين في الأمة ولاية تزويجها بانفراده ، بخلاف ما نحن فيه ؛ فالسبب هناك القرابة وهو مما لا يحتمل التجزؤ . انظر : المبسوط (١٧٥/١٧٤/٢٦) .


مسألة (١) ١٣١٢

حكم استيفاء الوكيل القصاص مع غيبة الموكل عن المجلس

٢٦٦٦٣ - قال أصحابنا رحمهم الله : لا يجوز للوكيل استيفاء القصاص مع غيبة الموكل عن المجلس (٢) .

٢٦٦٦٤ - وقال الشافعي [رحمه الله] : في الجنايات (ما يدل) (٣) على جواز الاستيفاء . و (٤) في الوكالة : ما يدل على أنه لا يجوز ، فمن أصحابه من قال : يجوز قولًا واحدا ، و (٥) [منهم من] (٦) قال لا يجوز قولًا (واحدًا) (٧) ، ومنهم من قال على قولين (٨) .

---

(١) مكانها بياض في ب .

(٢) انظر: المبسوط (١٧٣/٢٦) والبدائع (٢٤٣/٧).

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) ساقط من ب و ج .

(٥) كذا في ب و ج . وفي أ (أو) .

(٦) في النسخ الثلاثة (مصرف) ولعله تحريف ، لأن الكلام لا يستقيم بها . والصواب ما أثبته .

(٧) كذا في أ و ج ، وفي ب (واحد) وهو خطأ .

(٨) قال الإمام الشافعي رحمه الله في كتاب القتل : ولو أذن لرجل فتنحى به فعفاه الولي فقتله قبل أن يعلم ففيها قولان . انظر : مختصر المزني مع الأم (٣٤٦/٨) . فهذا النص يدل على جواز استيفاء الوكيل مع غيبة الموكل عن المجلس . وقال في الوكالة : وإذا وكّل الرجل الرجل بطلب حد له أو قصاص ، قبلت الوكالة على تثبيت البينة . فإذا حضر الحد أو القصاص لم أحده ولم أقص حتى يحضر المحدود له والمقتص له . من قِبَل أنه قد يعزله فيبطل القصاص ويعفو . انظر : الأم (٢٣٧/٣) . وهذا النص يدل على أن استيفاء الوكيل مع غيبة الموكل عن المجلس لا يجوز . وأمام هذين النصين اختلف الأصحاب . قال الإمام الماوردي : فاختلف أصحابنا فكان أكثرهم يخرجون المسألة على قولين لاختلاف قوله في الموضعين : أحدهما : أنه لا يجوز احتياطا للدماء في فوات استدراكها إن حدث من الموكل عفو عنها . وأنه إن حضر كان أرق قلبا في العفو عنها . والقول الثاني : وهو أصحهما أن ذلك جائز . لأن ما صح فيه التوكيل مع حضور الموكل ، صح فيه التوكيل مع غيبة الموكل قياسا على تثبيت القصاص . ولأن ما صح التوكيل في إثباته ، صح التوكيل في استيفائه كالأموال . وقال آخرون منهم أبو إسحاق المروزي : إن التوكيل في استيفائه يجوز قولًا واحدا على ما ذكرنا . وحمل مقتضاه ظاهر كلامه ها هنا على المنع إذا كان التوكيل في إثباته وحده . وقال آخرون : بل لا يجوز قولًا واحدا وحملوا كلام الشافعي في الجنايات على جوازه مع حضور موكله . وإن معنى قوله « فتنحى به » : عن قرب موكله إلى حيث يستوفي له على بعد منه وهو شاهده ، فيمكن بالمشاهدة والحضور استدراك عفوه . والله أعلم . انظر : الحاوي (٥١٧/٦) . ولم يشترط المالكية لصحة الوكالة في استيفاء القصاص حضور الموكل في المجلس . فيجوز عندهم استيفاء الوكيل القصاص سواء مع غيبة الموكل عن المجلس أو حضوره . قال ...

٢٦٦٦٥ - لنا : أنه استيفاء قصاص بوكالة فصار كما لو وكّلَ صبيًا [١] .

٢٦٦٦٦ - ولا يلزم إذا كان الموكل حاضرًا في المجلس ؛ لأن ذلك ليس بوكالة ، وإن كان (المالك) [٢] استوفى ألا ترى أنهم قالوا : يجوز للوكيل أن يدفع (ثمن الصرف) [٣] مع حضور موكله في مجلس العقد ، وكأن العاقد دفع بنفسه [٤] ، وكذلك الوكيل لا يجوز أن يوكل عاقدًا وشاهدًا .

٢٦٦٦٧ - ولأنه استيفاء قصاص (قام) [٥] مقام الغير فصار كما لو شهد به الرجال والنساء .

٢٦٦٦٨ - ولأن القصاص (يورث) [٦] فيه الشبهة ؛ فلا يجوز أن يستوفي مع الشبهة .

٢٦٦٦٩ - لأنه لا يندرئ بعد استيفائه . ومعلوم أن (الموكل) [٧] يجوز أن يكون

= رشد : وتجوز الوكالة على استيفاء العقوبات عند مالك . انظر : بداية المجتهد (٣٠٢/٢) .وبقول المالكية هذا قالت الحنابلة في ظاهر المذهب . وقال بعض الأصحاب : لا يجوز استيفاء القصاص في غيبة الموكل . قال ابن قدامة : كل ما جاز التوكيل فيه ، جاز استيفاؤه في حضرة الموكل وغيبته . نص عليه أحمد . وهذا مذهب مالك . وقال بعض أصحابنا : لا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف في غيبة الموكل . أومأ إليه أحمد . وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية . انظر : المغني (٢٠٣/٧) . ومما سبق عرضه من أقوال المذاهب الأربعة يمكن أن نقول : إنهم قد اتفقوا على جواز الوكالة في استيفاء القصاص . كما اتفقوا على جواز استيفاء الوكيل القصاص بحضرة الموكل في المجلس . ثم اختلفوا بعد ذلك في جواز استيفاء الوكيل القصاص مع غيبة الموكل عن المجلس على قولين . **القول الأول** : لا يجوز استيفاء الوكيل القصاص مع غيبة الموكل عن المجلس . وهو قول الحنفية وبعض الشافعية ممن قال لا يجوز قولًا واحدا أو قول للإمام الشافعي رحمه الله على رأي من قال فيه قولان . وبه قال بعض الحنابلة . **القول الثاني** : يجوز . وهو قول المالكية وبعض الشافعية ممن قال يجوز قولًا واحدا أو قول للإمام الشافعي على رأي من قال فيه قولان . وهو ظاهر المذهب عند الحنابلة .

(١) أي صبيًا غير عاقل ؛ لأنه عند الحنفية : لا تصح وكالة الصبي الذي لا يعقل ، وتصح وكالة الصبي العاقل. انظر : البدائع (٢٠/٦) . وعند الشافعية : لا يصح توكيل الصبي . انظر : التحفة (٢٩٩/٥) .

(٢) كذا في النسخ الثلاثة ، ولعل المقصود منه الوكيل ، والله أعلم .

(٣) كذا في أ ، وفي ب (لمن الصرف) وفي ج (لمن للصرف) وهو تحريف .

(٤) انظر : الحاوي للماوردي (٧٩/٥) حيث قال الإمام الماوردي في الصرف : فلو وكّلَ أحدهما في القبض له والإقباض عنه ، فإن قبض الوكيل وأقبض قبل افتراق موكله والعاقد الآخر صح العقد ، وإن أقبض بعد افتراقهما لم يجز وكان العقد باطلًا لافتراق المتعاقدين قبل القبض .

(٥) كذا في ج . وفي أ و ب (كما قام) . (٦) كذا في النسخ الثلاثة .

(٧) في ب و ج (الوكيل) .

عفا فسقط القصاص ، فلم يصح الاستيفاء مع تجويز ذلك .

٢٦٦٧٠ - ولا يلزم إذا كان الموكل حاضرًا .

٢٦٦٧١ - لأنه لو عفا أظهر العفو ، ولم يمكن وكيله القتل ألا ترى أن الإنسان يعفو رحمة للقاتل أو طلبًا للثواب ، وكُلَ واحد من هذين الوجهين (منع) [1] الإمساك عن إظهار [العفو] [2] .

٢٦٦٧٢ - فإن قيل : (فيجب أن) [3] لا يستوفي القصاص مع غيبة الشهود ، لأنهم يجوز أن يكونوا رجعوا [4] .

٢٦٦٧٣ - قلنا : في إحدى الروايتين رجوع الشهود بعد الحكم لا يسقط القصاص [5] ، وعلى الرواية الأخرى : الرجوع لا يصح إلا عند الحاكم [6] .

٢٦٦٧٤ - ولأن الوكيل متصرف بالأمر ، فأثر ذلك في استيفاء القصاص كالوصي .

٢٦٦٧٥ - احتجوا : بأن كل حق صحت النيابة فيه بحضرة الموكل كذلك لغيبته ، أصله : سائر الحقوق [7] .

---

(١) في ب و ج (مع) .

(٢) في النسخ الثلاثة (العقد) ولعله تحريف . والصواب ما أثبته .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) انظر : مغني المحتاج (٢٢١/٢) حيث قال الخطيب الشربيني : ورد بان احتمال العفو كاحتمال رجوع الشهود فيما إذا ثبت ببينة . فإنه لا يمتنع الاستيفاء في غيبتهم . وانظر كذلك : المغني لابن قدامة (٢٠٣/٧) .

(٥) لأن آخر كلامهم يناقض أوله ، فلا ينقض الحكم بالتناقض ، لأنه لو اعتبر رجوعه في إبطال القضاء أدى إبطاله إلى ما لا يتناهى ، لأنه يأتي بعد ذلك فيرجع عن هذا الرجوع . ولأن الكلام الآخر في الدلالة على الصدق مثل الأول . وكلما كان كذلك ساواه . واحتيج إلى الترجيح . وقد ترجح الأول باتصال القضاء به فلا ينقض به . انظر : البدائع (٢٤٠/٧) .

(٦) إن الرجوع عن الشهادة فسخ للشهادة فيختص بما يختص به الشهادة من المجلس . وهو مجلس القاضي أي قاض كان . ولأن الرجوع عن الشهادة توبة عن جناية الكذب ، والتوبة على حسب الجناية . فالسر بالسر والإعلان بالإعلان . فالشهادة كانت بالإعلان والرجوع أيضًا كذلك . انظر : البدائع (٢٤٢/٢٤١/٧) . وعلى كلا الروايتين لا يلزم الحنفية ما اعترض به المخالف .

(٧) انظر : الحاوي للماوردي (٥١٧/٦) وعبارته : ولأن ما صح فيه التوكيل مع حضور الموكل صح فيه التوكيل مع غيبة الموكل قياسا على تثبيت القصاص . ولأن ما صح التوكيل في إثباته صح التوكيل في استيفائه كالأموال . وقال ابن قدامة في المغني (٢٠٣/٧) : ولأن كل من جاز استيفاؤه في حضرة الموكل جاز في غيبته ، كالحدود وسائر الحقوق .

٢٦٦٧٦ - قلنا : يبطل بثمن الصرف ، لا يجوز للوكيل دفعه لغيبة موكله ، ويجوز مع حضوره [١] ، والمعنى في سائر الحقوق : أن الشبهة لا تمنع [استيفاءها] [٢] لإمكان استدراكها بعد الاستيفاء ، والقصاص تمنع الشبهة من استيفائه .

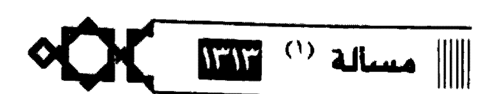
٢٦٦٧٧ - لأنه لا يستدرك ، وقد بينا أن الوكيل يستوفيه إذا غاب الموكل مع الشبهة . وإذا كان حاضرًا استوفاه عن (غير) [٣] شبهة ، ولأن سائر الحقوق يتوالى وجوبها من جهات مختلفة ، فلو وقف استيفاؤها عليه (تعذر) [٤] ذلك وبطلت ، والقصاص لا يتكرر ثبوته ، فإذا وقف (استيفاؤه) [٥] على الموكل لم يؤثر ذلك في بطلانه .

٢٦٦٧٨ - قالوا : (وكّلَ) [٦] باستيفاء قصاص كما لو وكّلَ حاضرًا .

٢٦٦٧٩ - قلنا : هناك لا يستوفيه بوكالة على ما قدمنا ، ولأنه لو عفا أظهر العفو ، فلم يكن في استيفائه شبهة ، وإذا غاب جاز (أن يكون) [٧] عفا ، فلو استوفى وكيله استوفى مع الشبهة .

* * *

(١) انظر : الحاوي للماوردي (٥/٧٩) .
(٢) في النسخ الثلاثة (استيفاؤها) . والصواب ما أثبته لأنه مفعول به .
(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(٤) في ب و ج (بعد) .
(٥) في ب و ج (استيفاؤها) .
(٦) في ب و ج (وكان) .
(٧) في ب و ج (أن لم يكن) .



مسألة (١) ١٣١٣

قتل الواحد بالجماعة

٢٦٦٨٠ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا قتل الواحد جماعة فحضروا وطلبوا القصاص ، قتل لجماعتهم ، ولا دية عليه ، وإن حضر واحدًا (وطلب) (٢) القصاص ؛ قتل وسقط حق الباقين (٣) .

٢٦٦٨١ - وقال الشافعي [رحمه الله] : إذا حضروا قتل للأول إن عرف ، وكان لكل واحدًا من الباقين دية ، وإن لم يعلم الأول ، أقرع (بينهم الإمام) (٤) فقتله (لمن) (٥) خرجت قرعته ، ووجب لكل واحدًا من الآخرين دية (٦) .

---

(١) مكانها بياض في ب . (٢) في ب و ج (فطلب) .

(٣) انظر : الهداية مع البناية (٧٨/١٠) ، والمبسوط للسرخسي (١٢٧/٢٦) ، وتحفة الفقهاء (١٤٤/٣) وبقول الحنفية قالت المالكية . جاء في الكافي لابن عبد البر ص ٥٩٠ ما نصه : وإن قتل واحدًا جماعة فمن قتله من أولياء المقتولين لم يكن عليه ولا على ماله غير ذلك . ولا شيء لسائرهم من دية وغيرها . وجاء في مواهب الجليل (٢٥٦/٦) ما نصه : وكذلك لو قتل رجلا ثم قتل بعد ذلك رجالًا فقتل فلا شيء فيه لهم عليه .

(٤) في ب و ج (الإمام بينهم) . (٥) في ب (كمن) ، وفي ج (بمن) .

(٦) انظر : مختصر المزني مع الأم (٣٤٦/٨) حيث جاء فيه ما نصه : قال الإمام الشافعي رحمه الله : ولو قتل نفرًا قتل للأول . وكانت الديات لمن بقي في ماله . فإن خفي الأول منهم أقرع بينهم ، فأيهم قتل أولًا قتل به ، وأعطى الباقون الديات من ماله . وانظر كذلك : المهذب (١٨٣/٢) حيث ذكر الشيرازي علة تعين حق الباقين في الدية فقال : لأنه فاتهم القود بغير رضاهم ، فانتقل حقهم إلى الدية كما لو مات القاتل . وانظر أيضًا في هذه المسألة : الوجيز (١٣٥/٢) والروضة (٢١٨/٩) ومغني المحتاج (٢٢/٤) . وذهب الحنابلة إلى أنه إن قتل واحدًا جماعة فرضوا بقتله ، قتل لهم جميعًا ، ولا شيء لهم سوى ذلك . وإن تشاحنوا فيمن يقتله منهم على الكمال ؛ أقيد للأول ، ولمن بقي الدية . وكذلك لو طالب بعضهم بالقصاص وطالب البعض الآخر بالدية ، قتل لمن طالب بالقصاص ، وأعطيت الدية للباقين . أنظر : الإنصاف للمرداوي (٤٩٤/٩) والمغني والشرح الكبير (٤٠٥/٩) . فهم قد فرقوا بين أن يتفق الأولياء على القود وبين أن يختلفوا عليها . ففي الحالة الأولى يتفقون مع مذهب الحنفية والمالكية . بينما يتفق مذهبهم في الحالة الثانية مع ما ذهب إليه الشافعية . والفرق بين مذهب الشافعية ومذهب الحنابلة : أنه عند اتفاق أولياء الدم على استيفاء القصاص ، يقتل القاتل بالكل عند الحنابلة ، ولا دية فيه . وعند الإمام الشافعي : يقتل بالأول ، وتجب الدية للباقين في ماله . ومما سبق يمكن القول إن الفقهاء قد اتفقوا على قتل الواحد إذا قتل جماعة . ولكن محل الخلاف بينهم هو هل يسقط بقتله حق الكل أم يسقط بقتله حق الواحد ويجب للآخرين الدية في مال القاتل ، للفقهاء في هذه المسألة ثلاثة أقوال : **القول الأول** : إن قتل القاتل سواء كان بالكل أو بالبعض يسقط حق الكل . فلا =

٢٦٦٨٢ - وهذه مبنية على أصلنا (أن) [١] موجب قتل العمد القصاص خاصة . (فإذا قتل) [٢] تعذر استيفاء الحق فسقط ، وعندهم موجب المال أو القصاص ، فإذا قتل سقط القصاص فبقي البدل الآخر [٣] ، ومبنية على أصل آخر وهو : أن من وجب عليه القصاص [إذا مات سقط القصاص بغير عوض] [٤] وعنده تجب الدية ، فقَتْلُه قصاصا (كموته) [٥] ، وهذه المسألة ستجيء فيما بعد [٦] .

٢٦٦٨٣ - والدليل على أنهم إذا حضروا يقتل لجماعتهم ولم يقتل للأول : أن حقوقهم تعلقت بالعين بأسباب متساوية ، (فوجب أن يتساووا في الاستيفاء أصله الشفعة .

٢٦٦٨٤ - ومعنى قولنا : بأسباب متساوية) [٧] قتل وقتل ، كما أن في الشفعة اجتمعت شركة وشركة .

٢٦٦٨٥ - ولأن الجماعة إذا قتلوا واحدًا (قتلوا) [٨] به ، فلما كان الجماعة مع زيادة عددهم مثلًا للواحد ، كان الواحد أيضًا مماثلًا لهم ، (لأن) [٩] ما (قابل) [١٠] الشيء فلا بد أن يكون الشيء مماثلًا له أيضًا .

٢٦٦٨٦ - فإن قيل : الابن يقتل بأبيه ، والعبد بمولاه ، والأب لا يقتل بابنه ، ولا يقتل المولى (بعبده) [١١] .

٢٦٦٨٧ - قلنا : هذا توكيد . لأن الأدنى يماثل الأعلى ، والأعلى يماثل الأدنى ، (فإذا) [١٢] كان في مسألتنا الأعلى يستوفى [بالأدنى] [١٣] ، فلا بد أن يستوفى

يجب شيء آخر . وهو مذهب الحنفية والمالكية . والقول الثاني : إن قتله يسقط حق الأول إن كان القتل على سبيل التعاقب ويجب للآخرين الديات . وإن كان القتل وقع دفعة أو لم يعلم الأول وتنازعوا فإن قتله يسقط حق من خرج اسمه في القرعة ويجب للآخرين الديات . وهو قول الشافعية . والقول الثالث : إن اتفقوا على قتله فإن قتله يسقط حق الكل . وإن قتل لواحد منهم فلا يسقط حق الآخرين فيجب لهم الديات في ماله . وهو مذهب الحنابلة .

(١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٢) في ب و ج (فإذا قتل سقط القصاص) .

(٣) قد ذكر الإمام القدوري الخلاف في موجب القتل العمد في مسألة مستقلة .

(٤) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة . والظاهر سقوطه . وقد أثبته ليستقيم الكلام .

(٥) في ب و ج (لموته) .

(٦) انظر : مسألة رقم ١٧ .

(٧) من قوله : فوجب أن - إلى آخر قوله - بأسباب متساوية . ساقط من ب و ج .

(٨) في ب و ج (واقتلوا) .

(٩) في ب و ج (لا) .

(١٠) كذا في النسخ الثلاثة .

(١١) في ب و ج (بعبد) .

(١٢) في ب و ج (فإن) .

(١٣) في النسخ الثلاثة (الأدنى) والصواب ما أثبته .

الأدنى بالأعلى .

٢٦٦٨٨ - فإن قيل : (قتلنا) [١] الجماعة بالواحد ، لأن خروج الروح لا يتبعض . (فكل) [٢] واحدًا منهم في حكم القاتل ، فأما الواحد إذا قتل جماعة ، فقد انفرد فعله في كل واحدًا منهم عن فعله في الآخر . فلذلك وجب بكل (فعل) [٣] معنى منفرد .

٢٦٦٨٩ - قلنا : فكذلك نقول في مسألتنا إن خروج الروح لا يتبعض ، فإذا حضروا (وطالبوا) [٤] (فكأن) [٥] النفس بكمالها [استوفيت] [٦] لكل واحدًا منهم .

٢٦٦٩٠ - قالوا : إنما قتل الجماعة بالواحد صيانة للدماء ، لو لم يفعل ذلك سقط القصاص .

٢٦٦٩١ - لأن كل من (أراد) [٧] قتل غيره يشارك غيره فيه . وفي تغليظ ما يجب في مسألتنا حتى تؤخذ النفس والدية صيانة النفس أيضًا [٨] .

٢٦٦٩٢ - قلنا : صيانة النفس يكون بقتل القاتل ، وقد فعلنا ذلك . فأما الدية فلم توضع للزجر عن القتل . وإنما هي قيمة المتلف ، ولهذا يستوفيها في شبه العمد ، (ويعزر) [٩] القاتل (لنزجره) [١٠] عن القتل .

٢٦٦٩٣ - ولأن من جاز أن يقتل (بالواحد جاز أن يقتل) [١١] الواحد به كالواحد .

٢٦٦٩٤ - ولأن القصاص لم يجب معنى آخر أصله إذا كان القاتل عبدا .

---

(١) في ب و ج (قلنا) .
(٢) في ب و ج (لكل) والصواب ما أثبته .
(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(٤) في ب و ج (فطالبوا) .
(٥) كذا في ج . وفي أ و ب (فكان) .
(٦) في النسخ الثلاثة (استوفت) والصواب ما أثبتناه .
(٧) في ب و ج (يريد) .
(٨) هذا اعتراض آخر على قياس الحنفية بأن قياس قتل الواحد بالجماعة على قتل الجماعة بالواحد قياس مع وجود الفارق . قال الإمام الشيرازي : ولأنا قتلنا الجماعة بالواحد احتياطا للدماء ، فوجب أن لا يقتل الواحد بالجماعة احتياطا للدماء . وقال ابن قدامة : وما ذكره مالك وأبو حنيفة فليس بصحيح ، فإن الجماعة قتلوا بالواحد لئلا يؤدى الاشتراك إلى إسقاط القصاص تغليظا للقصاص ، ومبالغة في الزجر . وفي مسألتنا ينعكس هذا ، فإنه إذا علم أن القصاص واجب عليه بقتل واحدًا ، وإن قتل الثاني والثالث لا يزداد به عليه حق ، بادر إلى قتل من يريد قتله ، وفعل ما يشتهي فعله . فيصير هذا كإسقاط القصاص عنه ابتداء مع الدية . انظر : المغني والشرح الكبير ٤٠٦/٩ .
(٩) كذا في ب و ج ، وفي أ (وتعزر) .
(١٠) في ب (لزجره) وفي ج (يزجره) .
(١١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

٢٦٦٩٥ - فإن قيل : العبد إذا قُتِل سقط القصاص ، ولم يبق محل الدية ؛ لأنه لا مال للعبد . فوزانه في مسألتنا : إذا كان القاتل فقيرا يقتل [١] .

٢٦٦٩٦ - قلنا : إذا كان عندنا لا حق في العمد إلا القود ، فلا معنى للتفريق بوجود محل المال في أحد الموضعين وتعذره في الآخر حتى (يثبت لهم) [٢] أن هناك حقًّا يطلب له محل . وقولهم : إن حق الباقين لم يسقط لكن فقد محله ، غلط . لأنه إذا لم يطلب به أولًا لا يجوز أن يطالب به في الثاني ، فهذا معنى السقوط .

٢٦٦٩٧ - فإن قيل : جنايات العبد وجنايات الحر إذا كانت خطأً لم تتداخل ، كذلك العمد [٣] .

٢٦٦٩٨ - قلنا : لم نسلم ذلك ، لأن جنايات العبد الخطأ إذا اختار المولى الفداء وجب عليه لكل واحدًا من أولياء القتلى دية كما يجب في الحر .

٢٦٦٩٩ - ولأن قتل الواحد إذا وجب (بقتل) [٤] جماعة لم يجب (بقتله) [٥] (مال) [٦] . أصله : قاطع الطريق إذا وجب بقتله جماعة لم يجب بقتله (مال) [٧] .

٢٦٧٠٠ - فإن قيل : ابن سريج [٨] يقول : ....

---

(١) ليس هناك محل تتعلق به الدية ، فهو كالحر المعسر . وقال الماوردي : لم تسقط الدية بموته . ولكن لتعذر وجودها بعدم ملكه وقف استحقاقها بعد موته . وكذلك لو مات الحر معسرا . انظر : الحاوي (١٢/١٣٥) ويجدر بالذكر أن الحنابلة تتفق مع الحنفية والمالكية في أن الأولياء إذا اتفقوا على القود سقط حق الكل بقتل الجاني ، ولا يجب شيء غيره . وقد رد ابن قدامة على الشافعية فقال : ولنا على الشافعي : أنه محل تعلق به حقان لا يتسع لهما معا رضي المستحقان به عنهما فيكتفى به ، كما لو قتل عبد عبدين خطأً فرضي بأخذه عنهما . ولأنهما رضيا بدون حقهما ، فجاز كما لو رضي صاحب الصحيحة بالشلاء . أو ولي الحر بالعبد وولي المسلم بالكافر . انظر : المغني والشرح الكبير (٩/٤٠٦) .

(٢) في ب و ج (ثبت) .

(٣) وقال الماوردي : أنه لما تداخلت جنايات خطئه ، تداخلت جنايات عمده انظر : الحاوي (١٢/١٢٠) .

(٤) في ب و ج (بقتله) . (٥) في ب و ج (مع قتله) .

(٦) كذا في ج . وفي أ و ب (محال) . (٧) كذا في ج . وفي أ (محال) وفي ب (بحال) .

(٨) هو أحمد بن عمر بن سريج القاضي ، أبو العباس البغدادي . كان من عظماء الشافعية ، وكان يقال له الباز الأشهب ، وولى القضاء بشيراز ، وكان يفضل على جميع أصحاب الشافعي حتى على المزني . له مصنفات كثيرة ، يقال إنها بلغت أربعمائة مصنف . تفقه على أبي القاسم الأنماطي ، وعنه انتشر فقه الشافعي في أكثر الآفاق . توفي رحمه الله سنة ٣٠٦هـ ببغداد . انظر : طبقات الفقهاء للشيرازي ص١٠٨ وطبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٣/٢١) ترجمة ٨٥ ووفيات الأعيان (١/٦٦) ترجمة ٢١ .

فيه وجهان [١] .

٢٦٧٠١ - دللنا على ذلك بقوله تعالى : ﴿ أَن يُقَتَّلُوٓاْ ﴾ [٢] ولم يوجب غير القتل .

٢٦٧٠٢ - ولأنه قتل لا يصح العفو عنه ، فلم يجب معه مال كقتل المرتد والزاني المحصن [٣] .

٢٦٧٠٣ - فإن قيل : قتل قاطع الطريق (المغلب) [٤] على قتله حق (الله) [٥] تعالى ولهذا [تحتم] [٦] ، فتداخل الحدود ، وأما القصاص فيثبت لحق الآدمي ، فلا يتداخل [٧] .

٢٦٧٠٤ - قلنا : (حد) [٨] القذف عندهم لحق الآدمي ويتداخل إذا كرر قذف واحدًا [٩] ، وكذلك القصاص يتداخل إذا قطع يد رجل فمات [١٠] .

٢٦٧٠٥ - احتجوا : بقوله (ﷺ) [١١] : « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ، إن

---

(١) أي وجهان في تداخل جناية قاطع الطريق . قال الماوردي : اختلف أصحابنا في تداخل جنايته . فذهب ابن سريج إلى أنها لا تتداخل ؛ ويتحتم قتله بالأول ، ويؤخذ من ماله ديات الباقين . وذهب جمهورهم إلى تداخلها . لأنها صارت بانحتام قتله من حقوق الله تعالى . وحقوقه تتداخل . انظر : الحاوي (١٢٠/١٢) .

(٢) سورة المائدة .

(٣) ويمكن أن يجاب عن هذا القياس بأنه قياس مع الفارق . لأن قتل المرتد والزاني المحصن صارت بانحتام قتله حقًا من حقوق الله تعالى فلا يدخله العفو . وهذا من حقوق الآدميين فيدخله العفو إن اتفق أولياء المقتولين على العفو ، فافترقا .

(٤) في ب و ج (الغلب) .

(٥) في ب و ج (لله) .

(٦) ما بين المعكوفين في أ (تحم) وفي ب و ج (ينجم) ، وما أثبته أقرب للسياق .

(٧) وقال الماوردي : قتل المحارب صارت بانحتام قتله حقًا من حقوق الله تعالى ، وحقوقه تتداخل . وإذا قتل في غير الحرابة لم ينحتم قتله ، فكان من حقوق الآدميين وحقوقهم لا تتداخل انظر : الحاوي للماوردي (١٢٠/١٢) .

(٨) في ب و ج (حق) .

(٩) ما ذكره الإمام القدورى هو الصحيح من القولين عند الشافعية . قال الشيرازي : وإن قذفه بزنا ثم قذفه بزنا قبل أن يقام عليه الحد ، ففيه قولان : أحدهما : أنه يجب عليه حدان ، لأنه من حقوق الآدميين فلم تتداخل كالديون . والثاني : يلزمه حد واحدًا وهو الصحيح . لأنهما حدان من جنس واحدًا لمستحق واحد فتداخلا ، كما لو زنا ثم زنا . انظر : المهذب ٢٧٥/٢ . وعلى هذا لا يلزم الحنفية ما اعترض به الشافعية هنا .

(١٠) ما قاله الإمام القدورى هنا من أن القصاص يتداخل إذا قطع يد رجل فمات مسألة خلافية ، وما ذكره الإمام القدورى إنما هو رأي الحنفية . أما الشافعية فقالوا : للولي أن يقطع . فإن مات به فقد استوفى حقه . وإن لم يمت قتل بالسيف . وعلى هذا ما قاله الإمام القدورى غير ملزم للشافعية .

(١١) في ب و ج (ﷺ) .

أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية » [١] .

٢٦٧٠٦ - قلنا : إن استدللتم بهذا في ثبوت التخير فهو كلام في مسألة أخرى ، وقد سبق الجواب عنه [٢] . وإن استدللتم به فيما بعد قتله لم يتناوله (الخبر) [٣] .

٢٦٧٠٧ - لأنه لا يقال : إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية (إلا) [٤] مع بقاء الحياة [٥] .

٢٦٧٠٨ - فإن قيل : الخبر يقتضي ثبوت الخيار بين الأمرين ، فإذا قتله أخذ الأول ، فقد فات أحد الأمرين ، فتعين عليه الآخر [٦] .

٢٦٧٠٩ - قلنا : قد بينا أن الدية هو المال المودى ، وذلك يكون ببذل القاتل ، فكأنه قال : إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا ما (بذل) [٧] لهم ، وذلك لا يكون إلا مع بقاء القاتل الباذل [٨] .

٢٦٧١٠ - قالوا : إذا قتله أحد الأولياء فقد سقط حق الباقين من القصاص بغير اختيارهم ، فوجب أن ينتقل الحق إلى الدية ، أصله إذا عفا أحد الشريكين [٩] .

٢٦٧١١ - قلنا : لا يصح اعتبار تعذر القصاص بفوات النفس بتعذره (بالعفو)[١٠] ، بدلالة أن العبد القاتل إذا عفا عنه أحد الوليين ، انتقل نصيب الآخر مالًا ، ولو قتله أحد الأولياء سقط حق الباقين ، ولأن أحدهما إذا عفا فحق الآخر سَلِم

---

(١) سبق تخريجه . انظر : المغني والشرح الكبير (٤٠٦/٩) حيث قال ابن قدامة في وجه الاستدلال بالحديث الشريف : فظاهر هذا أن أهل كل قتيل يستحقون ما اختاروه من القتل أو الدية . فإذا اتفقوا على القتل وجب لهم . وإن اختار بعضهم الدية وجب له بظاهر الخبر .

(٢) انظر مسألة رقم ١٢ .

(٣) زيادة من ب و ج .

(٤) كذا في ج . وفي أ و ب (لا) .

(٥) ويمكن أن يجاب عما قاله الإمام القدوري بأن هذا مسلم إذا كان المقتول واحدًا . وفي مسألتنا قتل أكثر من واحدًا . فإذا اختار أحد الأولياء القود لا يسقط اختياره حق اختيار الآخرين . لأن كل ولي من أولياء المقتولين يثبت له حق الاختيار بين القود والدية على سبيل الاستقلال ،

(٦) وقال الماوردي : ومن خير بين حقين ، إذا فاته أحدهما تعين حقه في الآخر .

(٧) في ب و ج (يبذل) .

(٨) هذا تكرار من الإمام القدوري . وقد سبق الجواب عنه .

(٩) قال الماوردي : سقط حقه من القصاص بغير رضاه ، فوجب الدية في ماله ، كما لو عفا أحد الشريكين . وانظر كذلك : الحاوي (١٣٥/١٢) .

(١٠) كذا في أ وهو الصواب ، وفي ب (بالكفر) وفي ج (فالعفو) .

للقاتل ، فجاز أن (يتقوم)[١] عليه ، وفي مسألتنا لم يسلم له حق الباقين ، وإن أتلف أحد [الشريكين][٢] حقهم (والمقتص منه)[٣] ليس من أهل الضمان فلم يثبت المال في تركته ، وإن شئت قلت : إن حق الولي لم يكن إلا القصاص عندنا ، والسبب إذا حصل غير موجب لضمان مال (لم)[٤] يجز أن ينقلب بعد الموت ، فيجب المال على الورثة ابتداء ، ألا ترى أن المدعى عليه يلزمه اليمين ، فإذا امتنع منها صار ناكلًا عندنا ، ولم يقم يمينه (ويلزمه)[٥] المال ، فإن مات قبل أن يحلف (تعزر)[٦] اليمين (و)[٧] لم يقض على ورثته بالمال ؟ كذلك هذا .

٢٦٧١٢ - قالوا[٨] : جناية لو كانت على الطرف لم تتداخل ، (فإذا)[٩] كانت على النفس لم تتداخل كالخطأ . ولأنها جناية إذا كانت خطا لم تتداخل ، فإذا كانت عمدًا وجب أن لا تتداخل (كالطرف)[١٠] .

٢٦٧١٣ - قلنا :[١١] خرجت هذه العلة أن الجناية على النفس لا تتداخل وإن قتلوه جميعًا ، فخروج الروح لا يتبعض ، (فكل)[١٢] واحدًا كالمستوفى بجميع النفس ، وإن قتله واحدًا سقط حق الآخر لفوات محله (لا)[١٣] يقيد القاتل فيها بإيجاب (الديون)[١٤] .

٢٦٧١٤ - ولأن أصل العلة إن كانت الجناية على الطرف ، فلأن المماثلة معتبرة في الأطراف ، فلم تقم اليد الواحدة مقام اليدين ، ولهذا لم تقطع يدان عندنا بيد واحدة ، وأما النفس (فالمماثلة)[١٥] غير معتبرة فيها ، فكما جاز أن يقتل الجماعة بالواحد

---

(١) في ب و ج (يتقدم) .
(٢) في النسخ الثلاثة (العين فيه) ، والصواب ما أثبته . .
(٣) في ب وج (والقبض منهم) .
(٤) في ب و ج (فلم) .
(٥) في ب و ج (فيلزمه) .
(٦) في ب و ج (لقدرة) .
(٧) ما بين القوسين زيادة من ب و ج .
(٨) وقال الماوردي في الحاوي (١١٩/١٢) : ولأنها جنايات لا يتداخل خطأها ، فوجب أن لا يتداخل عمدها ، كالأطراف . وقال ابن قدامة في المغني والشرح الكبير (٤٠٦/٩) : ولأنهما جنايتان لا يتداخلان إذا كانتا خطأ أو أحدهما . فلم يتداخلا في العمد كالجنايات على الأطراف . وقد سلموها .
(٩) في ب و ج (إذا) .
(١٠) في ب و ج (الطرف) . .
(١١) زيادة من ب و ج .
(١٢) في ب و ج (بكل) .
(١٣) كذا في أ ، وفي ب (في حال لا) وفي ج (في حال إلا) .
(١٤) كذا في النسخ الثلاثة . ولعل الأصوب هو (الديات) .
(١٥) في ب و ج (والمماثلة) .

فتماثل الأنفس نفسه ، كذلك يقتل [بهم] [١] ويماثل نفسه أنفسهم .

٢٦٧١٥ - ولأن الطرف يتبعض في الاستيفاء ، فإذا اجتمع على قطع اليد فكأن استوفى بعضها ، فلا يقوم مقام يده . وخروج الروح لا يتبعض ، فإذا اجتمعوا على القتل فكأن كل واحدًا استوفاه على الانفراد ، بدلالة (المشترك) [٢] في الأضحية .

٢٦٧١٦ - ولأن الطرف تعلق به حق كل واحدًا بكماله ، بدلالة أن أحدهم إذا عفا استوفاه الآخر ، فإن اجتمعوا على القطع فقد قضى بعض حق كل واحدًا منهما فيما تعلق به حق الآخر . وهو خيار [القصاص] [٣] من الضمان ، فصار ذلك مضمونا عليه ببدله .

٢٦٧١٧ - وإن انفرد (واحدًا منهم) [٤] بالاستيفاء فقد قضى حقه فيما تعلق به حق غيره ، وهو خيار القصاص من أهل وجوب الضمان ، فلزمه ضمان البدل ، فأما النفس فإذا استوفاها واحدًا فقد صار مقضيا لذمته في حال لا يجوز أن يلزم القاتل ابتداء ضمان لم يكن ، فلذلك لم يضمن للباقين .

٢٦٧١٨ - فإن قيل : الميت يجوز أن يلزمه الضمان فيما وجد سببه حال حياته ، كمن حفر بئرا فوقع فيها بعد موته إنسان ، وكمن باع شيئا فرده المشتري بعد موته بالعيب .

٢٦٧١٩ - قلنا : هناك (لم) [٥] يبتدئ إيجاب ضمان المال ، وإنما يستند إلى السبب (السابق وتعلقه به ، فذاك السبب يجوز أن يتعلق المال به ، وفي مسألتنا لا يجوز أن يبتدئ الضمان ، فإن أسندناه إلى السبب السابق) [٦] ، وهو قتل العمد لم يصح ، لأنه غير موجب للمال عندنا ، وإن كان أصل العلة الخطأ ، فمحله الواجب به الدية ، وهي متسعة ، (فثبت) [٧] حق جماعتهم فيها ، ومحل (القصاص) [٨] الرقبة ، وهي متضايقة (عن الحقوق ، فجاز أن يتداخل ، بيان ذلك : أن جناية الخطأ إذا تعلقت بمحل لا يتسع لها وهي جناية العبد) [٩] تداخلت [١٠] .

---

(١) كذا في ب ، وفي أ و ج (منهم) . (٢) في ب و ج (الشرك) .

(٣) في النسخ الثلاثة (القضا) . والصواب ما أثبتناه .

(٤) في ب و ج (أحدهم) . (٥) في ب و ج (لا) .

(٦) قوله : السابق وتعلقه به - إلى آخر قوله- إلى السبب السابق . ساقط من ب و ج .

(٧) في ب و ج (قبلت) . (٨) كذا في ب و ج . وفي أ (الضمان) .

(٩) قوله : عن الحقوق - إلى آخر قوله - وهي جناية العبد . ساقط من ب .

(١٠) أي إن كانت العلة في قياس الشافعية الخطأ فهو قياس مع الفارق كما قال الإمام القدوري . وقد رد الحنابلة أيضًا على الشافعية بهذا الرد . قال ابن قدامة في المغني والشرح الكبير (٤٠٦/٩) : وفارق ما إذا كان القتل خطأ ، فإن الجناية تجب في الذمة ، والذمة تتسع لحقوق كثيرة .

٢٦٧٢٠ - قال مخالفنا : للنفس بدلان : القصاص والدية ، فإذا تعذر أحدهما وجب الآخر ، كمن أتلف على كل واحدًا من رجلين [قفيز] [١] حنطة (ووجد) [٢] له قفيز واحدًا ، فإنه يقسم بينهما ويقوم لكل واحدًا قيمة نصف قفيز ، وإنما كان كذلك ، لأن (للمال) [٣] بدلين : المثل والقيمة ، لا بدل له إلا القصاص [٤] .

٢٦٧٢١ - قلنا : المال ثبت (بدلًا) [٥] عن القصاص ، ولهذا يجوز أن يصالح على أضعاف الدية وعلى غير جنس الدية مؤجلًا ، وما ليس بمال إنما ينقلب مالًا بالتراضي كالطلاق ، أو بتعذر الاستيفاء مع قيام المحل وعدم رضا المستحق ، كعفو أحد الشريكين ، وهذا لا يوجد في مسألتنا . ولهذا يجب الضمان في الطرف إذا استوفاه بعضهم ؛ لأنه قضى به حقًا عليه ، فقام ذلك مقام الرضا ، فإذا طلب صاحب الطرف الآخر فكأنهما تراضيا .

٢٦٧٢٢ - قالوا : حقان مقصوران لآدميين ، فوجب أن لا يتداخل كالديون .

٢٦٧٢٣ - قلنا : الوصف غير مؤثر ؛ لأن الديون لا تتداخل ، وإن كانت لواحد نقول بموجبه ، لأن القصاص (يتداخل) [٦] كما بينا ، ولأن محل الديون (الذمة) [٧] وهي متسعة ، ومحل القصاص الرقبة وهي (تضيق) [٨] ، فجاز أن يتداخل ما تعلق بها .

* * *

(١) ما بين المعكوفين ليست في النسخ الثلاثة ، ولعله سقط منها .

(٢) في ب و ج (ووجب) .

(٣) في ب و ج (المال) .

(٤) وقال الماوردي : ولأن القصاص مماثلة لجنس متلف ، فوجب إذا تعذر استيفاء المثل أن يستحق الانتقال إلى بدله من المال ، كمن استهلك ذا مثل من الطعام فأعوز ، انتقل إلى قيمته انظر : الحاوي للماوردي (١٢/١٣٥) .

(٥) في ب و ج (بدل) .

(٦) في النسخ الثلاثة (لا يتداخل) والصواب ما أثبته . لأن القصاص يتداخل عند الحنفية .

(٧) في ب و ج (الدية) .

(٨) كذا في ب . وفي أ (تضيق) .

مسألة [1] ١٣١٤

حكم ما إذا قطع شخص يمين رجلين

٢٦٧٢٤ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا قطع يمين رجلين بفعل واحدًا أو [2] تقدم أحدهما الآخر ، (فحضرا وطلبا) [3] القصاص ، قطعت يده لهما ، (وقضى لهما) [4] عليه بنصف الدية . وإن حضر أحدهما اقتص له ، (ويقضى) [5] (للباقي) [6] بالدية [7] .

٢٦٧٢٥ - وقال الشافعي [رحمه الله] : إن علم الأول فله القصاص وللباقي الدية ، وإن لم يعلم أقرع بينهما ، فقطع (لمن) [8] خرجت قرعته ، وقضى للآخر بالدية [9] .

٢٦٧٢٦ - لنا : أن حقهم تعلق باليمين بأسباب متساوية ، فلا (يقدم) [10] أحدهما في الاستيفاء : أصله : الشفعة .

٢٦٧٢٧ - ولأن حق كل واحدًا ثابت في اليد بدلالة [أنه] [11] لو عاد

---

(١) مكانها بياض في ب . (٢) في ج (و) . والصواب ما أثبته .

(٣) في ب و ج (فحضر وطلب) . والصواب ما أثبته . (٤) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٥) في ب و ج (فيقضى) . (٦) وفي ج (للثاني) .

(٧) أي دية اليد وهو نصف الدية . انظر : الهداية مع البناية (٨٢/١٠) وتبيين الحقائق (١١٦/٦) وملتقى الأبحر (٢٩٠/٢) . (٨) وفي ب و ج (من) .

(٩) انظر : المهذب للشيرازي (١٨٣/٢) حيث قال : وإن قتل واحدًا جماعة أو قطع عضوًا من جماعة ؛ لم تداخل حقوقهم ؛ لأنها حقوق مقصودة لآدميين ، فلم تتداخل كالديون . فإن قتل أو قطع واحدًا بعد واحدًا اقتص منه للأول ؛ لأن له مزية بالسبق . وإن سقط حق الأول بالعفو اقتص للثاني . وإن سقط حق الثاني اقتص للثالث . وعلى هذا ، إذا اقتص منه لواحد بعينه تعين حق الباقين في الدية ؛ لأنه فاتهم القود بغير رضاهم فانتقل حقهم إلى الدية ، كما لو مات القاتل أو زال طرفه . وإن قتلهم أو قطعهم دفعة واحدة أو أشكل الحال ، أقرع بينهم . فمن خرجت له القرعة اقتص له . لأنه لا مزية لبعضهم على بعض فقدم بالقرعة ، كما قلنا فيمن أراد السفر ببعض نسائه . فإن خرجت لواحد فعفا عن حقه ، أعيدت القرعة للباقين . وانظر كذلك : مغني المحتاج (٢٤/٤) والروضة (١٦٠/٩) . ويتضح من كلام الشافعية أنهم يفرقون بين حالتين . الحالة الأولى : أن يقطع واحدًا بعد واحدًا ويكون هذا الترتيب معلومًا . فيقطع لمن قطع يده أولًا لتميزه بالسبق . ويصير حق الثاني إلى الدية لفوات لتعذر استيفاء حقه . والحالة الثانية : أن يقطع واحدًا بعد واحدًا ولا يعلم أيهما قطع أولًا . وكذلك إذا قطعهما دفعة واحدة . فيقرع بينهم لتساويهم في الاستحقاق . ولم يفرق الحنفية بين الحالتين . فلا فرق عندهم بين أن يكون الجنايتين بالترتيب أو دفعة واحدة . (١٠) وفي ب و ج (يتقدم) .

(١١) في النسخ الثلاثة (أمر) . والصواب ما أثبتناه .

(فقطعها) [١] لم يجب عليه قصاص ، فلم يجز أن يسقط حقه عما تعلق به بالقرعة كالشفعة والغرماء .

٢٦٧٢٨ - ولأن الثاني ساوى الأول في سبب الحق مع بقاء المحل ؛ فوجب أن (يستوي) [٢] في الاستحقاق كالشفعة . ومعنى سبب الحق : قطع (يد) [٣] حر مثله سليمة من غير حق .

٢٦٧٢٩ - احتجوا : بأنه قصاص وجب لرجلين في (عين واحدة) [٤] ، فوجب أن لا يتبعض في حق كل واحد منهما من القصاص والدية ، أصله : إذا قتل رجل رجلين .

٢٦٧٣٠ - قلنا : خروج الروح لا يتبعض ، فإذا قتلاه : فكل واحدًا استوفى جميع النفس ، فلم يجز أن يقضى له [بجزء من] [٥] الدية ، فأما الطرف فإنه يتبعض في الاستيفاء ، فإذا قطع لهما فكل واحدًا استوفى بعضه ، فجاز أن يقضي له من الدية بقدر ما بقي من جهته .

٢٦٧٣١ - قالوا : حق (الأول) [٦] متعلق باليد ، فمنع من (تعلق) [٧] حق الثاني ، قياسا على الرهن بعد الرهن ، والبيع بعد البيع [٨] .

٢٦٧٣٢ - قلنا : الثاني يتعلق بالاتفاق ، بدليل أنه لو عدا على الطرف فقطعه وقع عن حقه ، وبدليل أن الأول لو عفا ثبت للثاني القطع ، ولو لم يكن القصاص وجب له بنفس الجناية لم يجز أن تثبت في الثاني . ألا ترى أن من كسر سن رجل ولا سن له ، ثم نبت له سن ، لم يجب (له) [٩] قلعها .

٢٦٧٣٣ - ويبطل ما قالوه (بالعبد) [١٠] إذا جنى ثم جنى ، فالجناية الثانية متعلقة وإن [١١] كانت الرقبة مشغولة بالأولى ، وليس هذا كالبيع والرهن ، لأن العقد الثاني لم يصح ، فلم يساوى علة الأول . وأما الجناية فهي فعل (يضمنها) [١٢] تكون مشاهدة ،

---

(١) في ب و ج (قطعها) .
(٢) في النسخ الثلاثة (يستوفى) . والصواب ما أثبتناه .
(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(٤) في ب و ج (غير واحدًا) .
(٥) في النسخ الثلاثة (مجرى) ، وما أثبته أقرب للسياق .
(٦) في ب و ج (للأول) .
(٧) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(٨) انظر : المهذب للشيرازي (١٨٢/٢) حيث قال فيه : فإن قطع أو قتل واحدًا بعد واحد اقتص من الأول لأن له مزية بالسبق .
(٩) ساقط من ب و ج .
(١٠) في ب و ج (وبالعبد) .
(١١) في النسخ الثلاثة (فإن) وما أثبته أقرب للسياق .
(١٢) في أ (يتضمنها) وفي ب وج (يضمها) والصواب ما أثبته .

فلذلك ساوت الثانية الأولى .

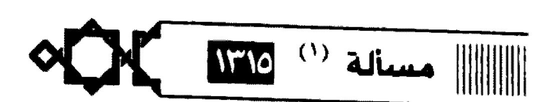
٢٦٧٣٤ - قالوا : الجناية الواحدة لا توجب القصاص والمال .

٢٦٧٣٥ - قلنا : لم توجب الجناية إلا القصاص . ثم المال ثبت في الثاني لما (ذكرنا أنه) [1] قضى بعض ما عليه مما تعلق به (حق) [2] غيره .

* * *

(١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٢) ساقط من ب و ج .



مسألة (١) ١٣١٥

حكم ما إذا مات القاتل بعد وجوب القصاص عليه

٢٦٧٣٦ - قال أصحابنا رحمهم الله : إذا وجب القصاص فمات القاتل ؛ سقط القصاص بغير عوض (٢) .

٢٦٧٣٧ - وقال الشافعي رَحِمَهُ الله : يجب في ماله الدية (٣) .

٢٦٧٣٨ - لنا : أن كل حق يستوفى من الرقبة يبطل بهلاكها ، أصله المنافع من

---

(١) مكانها بياض في ب .

(٢) اختلف الفقهاء فيما إذا كان سقوط القصاص بموت الجاني يوجب الدية في ماله أو لا يوجبها . فذهب الحنفية إلى أن فوات محل القصاص بالموت لا يوجب الدية في مال القاتل . قال الإمام الطحاوي : ولو قتل رجل عمدًا فوجب عليه القود فقتل بحق أو بغير حق فلا شيء لولي المقتول الأول . انظر : مختصر اختلاف الفقهاء لأبي بكر الرازي ورقة ب٢٣٩ مخطوط برقم ٦٤٧ فقه حنفي باسم اختلاف الفقهاء لأبي جعفر الطحاوي ميكروفيلم ٣٠٢٩٧ دار الكتب المصرية . ولا فرق عندهم بين أن يموت بآفة سماوية أو يقتل . وسواء كان القتل بحق أو بغير حق . قال الإمام الكاساني : المسقط للقصاص أنواع : منها فوات محل القصاص . بأن مات من عليه القصاص بآفة سماوية . لأنه لا يتصور بقاء الشيء في غير محله . وإذا سقط القصاص بالموت لا تجب الدية عندنا . لأن القصاص هو الواجب عينًا عندنا . وكذا إذا قتل من عليه القصاص بغير حق أو بحق بالردة والقصاص . انظر : البدائع (٢٤٦/٧) . وقالت المالكية أيضًا بعدم وجوب الدية بموت القاتل بآفة سماوية أو بغيره . انظر : الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي (٢٣٩/٤) ، (٢٥٤/٤) .

(٣) ترى الشافعية أن فوات محل القصاص بموت الجاني يوجب الدية في تركته . قال الإمام الشافعي رَحِمَهُ الله : ولو لم تختر الورثة القتل ولا المال حتى مات القاتل كانت لهم الدية في ماله يخاصمون بها غرمائه كدين من دينه . ولو اختاروا - أي أولياء المقتول - القتل فمات القاتل قبل أن يقتل ، كانت لهم الدية في ماله . لأن المال إنما يبطل عنهم بأن يختاروا القتل ويقتلون ، فيكونون مستوفين لحقهم من أحد الوجهين . انظر : الأم (١٠/٦) . فعند الشافعية : الدية بدل عن القصاص عند سقوطه بعفو أو غيره كموت الجاني . فيثبت حق المجني عليه في الدية . لأن ما ضمن بسببين على سبيل البدل ، إذا تعذر أحدهما ثبت الآخر ، كذوات الأمثال . انظر : المهذب (١٨٨/٢) ومغني المحتاج (٤٨/٤) . وبقول الشافعية قالت الحنابلة في الصحيح من المذهب عندهم . قال المرداوي : وإن مات القاتل عمدًا وجبت الدية في تركته ، وكذا لو قتل . هذا هو الصحيح من المذهب ، نص عليه . وقيل تسقط بموته . واختار الشيخ تقي الدين رَحِمَهُ الله أنها تسقط بموته وقتله . وخرجه وجهًا . انظر : الإنصاف (١٠/٦) . ومما سبق يمكن القول بأن الحنفية والمالكية ذهبوا إلى أنه لا تجب الدية في تركة القاتل بموته قبل الاقتصاص منه . وهو وجه عند الحنابلة في مقابل الصحيح . اختاره الشيخ تقي الدين رَحِمَهُ الله . وذهب الشافعية ومعهم الحنابلة في الصحيح من المذهب إلى وجوب الدية في تركة القاتل بموته

الإجارة والوصية بالخدمة والنكاح ، ولا يجوز إيجاب الدية .

٢٦٧٣٩ - لأن الضمان يجب بهلاك ما هو مضمون على الإنسان كالغصب ، ونفسه غير مضمونة عليه ، (فلم) [1] يجز أن يلزمه بهلاكها ضمان [2] .

٢٦٧٤٠ - ولأن القصاص وجب عليه فلا يستوفى المال بعد موته كالعبد إذا مات [3] .

٢٦٧٤١ - فإن قيل [4] : الحق لم يسقط بموت العبد ، وإنما تعذر استيفاء الدية لأنه (لا) [5] مال له ، فهو كالحر (الفقير) [6] .

٢٦٧٤٢ - قلنا : لم نعلل السقوط ، وإنما عللنا الاستيفاء ، ولا خلاف أنه لا يستوفى .

٢٦٧٤٣ - ولأن الفقير يجوز أن يقال لم يسقط الحق ، يجوز أن يظهر له مال ، والعبد لا يرجى له مال ، فلا بد من سقوط الحق .

٢٦٧٤٤ - ولأن جناية الحر (عمدًا) [7] كجناية العبد خطأ ، بدلالة أن كل واحدًا منهما يستوفى من الرقبة ، فإذا كانت جناية العبد تسقط (بموته) [8] ، كذلك (جناية) [9] الحر .

٢٦٧٤٥ - ولأنه سبب لوجوب القتل فيسقط بالموت ولا ينتقل إلى التركة أصله المرتد إذا مات .

٢٦٧٤٦ - ولأن المال لا يخلو إما أن يجب بالقتل أو بالموت ، ولا يجوز إيجابه

---

(١) في ب و ج (لم) .

(٢) هذا الدليل الذي ذكره الإمام القدوري مبني على أن نفس القاتل غير مضمونة عليه . وقد أجاب الماوردي عن هذا فقال : وقوله : إن نفسه غير مضمونة عليه فعنه جوابان :
أحدهما : أنه لما جاز أن يضمنها حيا ببذل الدية جاز أن يضمنها ميتا بوجوب الدية .
والثاني : أنه يضمن الدية بدلا من نفس قتيله لا من نفسه . انظر : الحاوي (١٣٥/١٢) .

(٣) المقصود بالمقيس عليه هنا : العبد الجاني إذا مات قبل استيفاء القصاص منه . والله أعلم .

(٤) هذا اعتراض من قبل المخالف بأن القياس على موت العبد قياس مع الفارق . . : ليس هناك محل تتعلق به الدية ، فهو كالحر المعسر . وقال الماوردي : لم تسقط الدية بموته ، ولكن لتعذر وجودها بعدم ملكه وقف استحقاقها بعد موته . وكذلك لو مات الحر معسرا . انظر : الحاوي (١٣٥/١٢) . وقال ابن قدامة : وفارق العبد الجاني . لأنه ليس له مال فينتقل إليه . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٥٦/٩) .

(٥) ساقط من ب .

(٦) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٧) في ب (عبدا) .

(٨) في ب و ج (لموته) .

(٩) ما بين القوسين ساقط من ج .

بالقتل ، لأنا دللنا على أن قتل العمد (يوجب)[١] القود دون غيره[٢] ، ولا يجوز إيجابه بالموت ، لأن نفسه ليست مضمونة عليه ، (فبتلفها)[٣] لا يوجب عليه (ضمان)[٤] . ولأن الموت ينافي ابتداء الضمان ،

٢٦٧٤٧ - ولا يلزم حفر البئر ، لأن الضمان يستند إلى (الحفر)[٥] السابق[٦] ، وفي مسألتنا لا يستند إلى القتل ، لأن دم العمد لا يوجب به مال .

٢٦٧٤٨ - احتجوا : بقوله ﷺ : « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ، إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية »[٧]

٢٦٧٤٩ - قلنا : قد بينا أن الدية عبارة عما (يودى)[٨] ، وهذا لا يكون إلا ببذل القاتل ، فكأنه قال : فأهله بين خيرتين : إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا قبلوا ما يودى إليهم ، (وهذا)[٩] لا يدل أن لهم المطالبة شاء ورثة القاتل أو أبوا .

٢٦٧٥٠ - قالوا : سقط القصاص بغير رضي القاتل ، فوجب أن (يؤخذ)[١٠] المال ، أصله إذا عفا أحد الوليين[١١] .

٢٦٧٥١ - قلنا : هناك سَلِمَت النفس له ، فجاز أن يلزمه ضمان عوضها ، وها هنا لم تَسلَم له ، فلم يلزمه العوض ، ويجوز أن تفترق في الأعواض سلامة البدل وغيره كثمن المبيع .

٢٦٧٥٢ - فإن قيل : المضمون يجب بدله سَلِم له الانتفاع به (أو)[١٢] لم يسلم

---

(١) في ب و ج (موجب) .

(٢) لأن عندهم القتل العمد يوجب أحد أمرين : القصاص أو الدية . وقد سبق الخلاف فيها في مسألة رقم ١٢ .

(٣) في ج (فتلفها) .

(٤) في ج (ضمانا) .

(٥) في ب و ج (حفر) .

(٦) هذا جواب عن اعتراض الشافعية . واستناد الضمان إلى الحفر السابق صورته : إذا حفر بئرا في الطريق فمات . ثم وقع فيها إنسان بعد ذلك . ضمن الحافر الدية .

(٧) الحديث سبق تخريجه . في المسألة رقم ١٢ ، ووجه الاستدلال به : أن من خير بين حقين إذا فاته أحدهما تعين حقه في الآخر . انظر : الحاوي (١٢/١٣٥) .

(٨) في ب (يؤدى) وكلاهما صواب .

(٩) في ب و ج (ومن هذا) .

(١٠) في ب (يوجد) .

(١١) أنه إذا سقط حقه من القصاص بغير رضاه ، فوجبت الدية في ماله ، كما لو عفا أحد الشريكين وقال الإمام الماوردي : ولأن سقوط القصاص بعد استحقاقه بغير اختيار مستحقه يوجب الانتقال إلى الدية ، كما لو عفا بعض الورثة انتقل حق من لم يعف إلى الدية . انظر : الحاوي (١٢/١٣٥) والمغني والشرح الكبير (٩/٣٥٦) .

(١٢) في ج (و) .

بدلالة الغصب .

٢٦٧٥٣ - قلنا : العين المغصوبة (مضمونة) [١] في يد الغاصب ، فيضمنها سَلمت له أو لم تسلم ، ونفس القاتل لا يجوز أن تكون مضمونة عليه ، (و) [٢] نفسه (تكون) [٣] في حكم الأمانات (إن) [٤] تلفت لم يضمنها ، وإن سلم له الانتفاع فيها ضمنها .

٢٦٧٥٤ - قالوا : النفس (متلف) [٥] له مثل ، فإذا تعذر المثل وجبت القيمة كالمتلفات

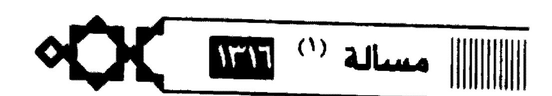
٢٦٧٥٥ - قلنا : المتلف له مضمون على المتلف ، فإذا تعذر تسليمه وجب العوض عنه ، والنفس ليست مضمونة عليه فلا يجب (عليه) [٦] بدلها

٢٦٧٥٦ - ولأن [٧] ضمان قيمة المتلف يستند إلى الإتلاف ، وذلك السبب يجوز أن تتعلق به القيمة ، والضمان (في) [٨] مسألتنا لو وجب استند إلى القتل ، وهو سبب لا يجوز أن يوجب المال على ما قدمنا .

* * *

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(٤) في ب و ج (وإن) وهو خطأ .
(٥) في ب (ملفف) وهو تحريف .
(٦) في ب (عليها) وهو تحريف .
(٧) في ب و ج (وإن) .
(٨) في ج (وفي) .



مسألة [١] ١٣١٦

حكم الضمان فيما إذا سرى القصاص في الطرف إلى النفس

٢٦٧٥٧ - قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ : إذا اقتص في الطرف فمات المقتص منه [٢] ضمن المقتص الدية .

٢٦٧٥٨ - وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : لا ضمان عليه [٣] . وبه قال الشافعي [٤] رَحِمَهُ ٱللَّهُ .

---

(١) مكانها بياض في ب .

(٢) في النسخ الثلاثة (فيه) ولعله تحريف ، والصواب ما أثبته .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٤٠ حيث قال : ومن قطع يد رجل عمدًا فاقتص له منه الإمام ثم مات المقتص منه من القصاص ، فإن أبا حنيفة ﷺ قال : دية نفس المقتص منه على المقتص له . وبه نأخذ . وقال أبو يوسف ومحمد ﷺ : لا شيء له عليه . اهـ . وانظر كذلك : المبسوط (١٤٧/٢٦) والهداية مع البناية (١٠٤/١٠) .

(٤) انظر : المهذب للشيرازي (١٨٨/٢) حيث قال : إذا اقتص في الطرف فسرى إلى نفس الجاني فمات لم يجب ضمان السراية . وقال الماوردي : ولو مات الجاني من القصاص كانت نفسه هدرا لا يضمنها المقتص . انظر : الحاوي (١٢٦/١٢) . وبهذا قال الإمام مالك ﷺ . جاء في أسهل المدارك (١٢٣/٣) ما نصه : وإن زاد جرح المستقاد منه أو مات فليس على المجروح الأول المستقيد شيء . وقال القرافي : إذا مات من القصاص في الأطراف فلا شيء فيه . قاله مالك . انظر : الذخيرة (٣٥٠/١٢) . وانظر كذلك حاشية الدسوقي (٢٥٢/٤) وبداية المجتهد (٤٠٨/٢) . وهذا قول الحنابلة أيضًا . قال المرداوي : سراية القود غير مضمونة . فلو قطع اليد قصاصًا فسرى إلى النفس فلا شيء على القاطع بلا نزاع . انظر : الإنصاف (٣٠/١٠) . وانظر كذلك : المغني والشرح الكبير (٤٤٣/٩) . ومما سبق من أقوال الفقهاء يمكن أن نقول : إن الإمام أبا حنيفة يرى أن المقتص يضمن الدية . بينما يرى الصاحبان والإمام مالك والإمام الشافعي والإمام أحمد أن سراية القصاص غير مضمونة . وبقول الإمام أبي حنيفة قال جماعة . منهم عطاء وطاووس وعمرو بن دينار والحارث العكلي والحكم بن عتيبة والشعبي والنخعي والزهري والثوري . وبقول الصاحبين ومن معهما قال جماعة . منهم الحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب ويحيى ابن سعيد الأنصاري وربيعة وأبو ثور وداود وإسحاق وابن المنذر . وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعلي بن أبي طالب ﷺ . وهناك فريق ثالث يرى بأن يسقط من الدية قدر الجراحة التي اقتص منها . وهو قول ابن مسعود ﷺ . وروي هذا القول عن إبراهيم النخعي وحماد بن أبي سليمان . وبه قال عثمان البتي وابن أبي ليلى ﷺ . انظر : الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر (١١٧/٢) والمحلى لابن حزم (٣٦٦/١٢) والاستذكار لابن عبد البر (٢٨٩/٢٥) وبداية المجتهد (٤٠٨/٢) والمغني والشرح الكبير (٤٤٣/٩) .

٢٦٧٥٩ - لنا : أنه حق يستوفيه لنفسه على طريق البدل ، فكان مضمونًا عليه كالديون [١] ، فإذا ثبت أنه مضمون وما تولد من قطع فهو مضمون كالجناية المبتدأة [٢] .

٢٦٧٦٠ - ولا يلزم المتبرع ، لأنه لا يستوفى العمل لنفسه .

٢٦٧٦١ - ولا يلزم المعلم إذا ضرب الصبي ، لأنه إن كان بغير إذن الأب ضمن ، وإن كان بأمره لم يضمن [٣] ، لأنه لا يستوفيه لنفسه ، وليس هو على طريق البدل .

٢٦٧٦٢ - ولا يلزم المستأجر إذا ماتت الدابة من ركوبه ، لأنه مستوفى لمنفعة نفسه ومنفعة المؤجر حتى يستحق البدل ، ولا يلزم المستعير ، لأنه لا يستوفى المنفعة على وجه البدل .

٢٦٧٦٣ - ولأنه حق يستوفيه لنفسه لا يقف على إذن [المستوفى منه] [٤] ، من ملكه خُيِّر بين أخذه وتركه ، فما تولد منه مضمون عليه (كضربه) [٥] لامرأته [٦] ، ولا

---

(١) ويمكن أن يجاب عن هذا القياس بأن مستوفى القصاص قد فعل مثل ما فعل به دون زيادة ، فهو فعل غير مضمون . بخلاف الدين فإنها مضمون .

(٢) يوضح هذا القياس ما قاله الكاساني في البدائع (٣٠٥/٧) حيث قال : ولأبي حنيفة ﷺ أنه استوفى غير حقه لأن حقه في القطع وهو أتى بالقتل . لأن القتل اسم لفعل يؤثر في فوات الحياة عادة . وقد وجد فيضمن كما إذا قطع يد إنسان ظلما فسرى إلى النفس . وكان القياس أن يجب القصاص ، إلا أنه سقط للشبهة فتجب الدية . وقد أجاب الجمهور عن هذا القياس بأنه قياس مع الفارق . قال الشيرازي : وقطع اليد ابتداء للجناية والعدوان . وهذا للقصاص والانتقام . ولهذا يضمن سراية القطع هناك ولا يضمن ها هنا . انظر : النكت ورقة ب ٢٥٨ . وقال ابن قدامة في المغني والشرح الكبير (٤٤٣/٩) : وفارق ما قاسوا عليه ، فإنه ليس ما فعله مستحقا .

(٣) عند الحنفية : ولو ضربه المعلم أو الأستاذ فمات . إن كان الضرب بغير أمر الأب أو الوصي يضمن . لأنه متعد في الضرب . والمتولد منه يكون مضمونًا عليه . وإن كان بإذنه لا يضمن للضرورة . لأن المعلم إذا علم أنه يلزمه الضمان بالسراية وليس في وسعه التحرز عنها يمتنع عن التعليم فكان في التضمين سد باب التعليم . وبالناس حاجة إلى ذلك . فسقط اعتبار السراية في حقه للضرورة . انظر : البدائع (٣٠٥/٧) .
وعند الشافعية : إن ضرب المعلم الصبي فمات يضمن . انظر : التنبيه للشيرازي ص ١٣٥ .

(٤) في النسخ الثلاثة (المستوفين) ، والصواب ما أثبته .

(٥) في ب و ج (لضربه) .

(٦) أجيب عن القياس على ضرب الزوجة بأنه قياس مع الفارق . قال الماوردي : وما ذكره من ضرب الزوج والأب فالفرق بينه وبين القصاص تقدير القصاص بالشرع نصا فلم يضمن . والضرب عن اجتهاد فضمن . كما لا يضمن ما حدث عن جلد الزاني ، ويضمن ضرب التعزير . انظر : الحاوي (١٢٦/١٢) . وأجيب أيضًا بأن هذا القياس باطل . لأنه أمر بضرب الزوجة بما لا تموت من مثله . فإن ضربها بما تموت من مثله فماتت ضمن . لأنه تعدى عليها . فكذلك الجاني تعدى على المجني عليه بما قد يموت من مثله . فوجب أن يتعدى عليه بما قد يموت من مثله . فإن مات منه فلا قود ولا دية . انظر : المحلى (٣٦٩/٣٦٧/١٢) .

يلزم العارية ، لأن الاستيفاء يقف على إذن [المالك] [1] المعير .

٢٦٧٦٤ – ولأن الاستيفاء مضمون عندنا وقد أسقطه المالك بإذنه ، ولا يلزم الإمام إذا قطع السارق .

٢٦٧٦٥ – لأنه لا يستوفى ، (وإنما) [2] الاستيفاء لله ، ولأنه (لا) [3] يخير في الاستيفاء ، وإنما يجب عليه .

٢٦٧٦٦ – ولا يلزم إذا عزر [4] ، (لأن) [5] التعزير لا يستوفيه لنفسه ، وإنما يستوفيه للمسلمين .

٢٦٧٦٧ – فإن قيل : الأب إذا ضرب الصبي فليس يستوفى لنفسه ، وإنما يضربه لمنفعة الصبي ، ومع ذلك عليه الضمان [6] ، فلا تأثير للوصف .

٢٦٧٦٨ – قلنا : الأب يستوفيه لمنفعة الصبي (ومنفعة) [7] نفسه فلا تأثير للوصف ، لأن له غرض صحيح في تأديب ولده .

٢٦٧٦٩ – فإن قيل : ضرب المرأة [بشرط] [8] السلامة ، وهذا قطع مقدر مأذون إذن مطلق [9] .

٢٦٧٧٠ – قلنا : لا نسلم ، بل أذن فيه بشرط السلامة ، ولهذا لا يقطع في الحر الشديد ولا البرد الشديد [10] .

٢٦٧٧١ – ولأنه أحد موجبي الجناية فإذا استوفى أكثر من حقه كان مضمونًا عليه

---

(١) في النسخ الثلاثة (مالك) والصواب ما أثبته .

(٢) في ب و ج (وإنما قال) وهو خطأ . (٣) في ب و ج (لم) .

(٤) ومما يجدر الإشارة إليه هنا أنه إذا مات رجل من حد أو تعزير فدمه هدر عند الحنفية . انظر : تبين الحقائق (٢١١/٣) . وعند الإمام الشافعي : إذا ضرب الإمام فيما دون الحد تعزيرا فمات المضروب ضمنت عاقلة الإمام ديته . انظر : الأم (٩٤/٦) . (٥) في ب و ج (ولأن) وهو خطأ .

(٦) لو ضرب الأب الصبي للتأديب فمات ضمن في قول أبي حنيفة ﷺ . وهو مذهب الشافعية . وفي قولهما : لا يضمن . انظر : البدائع (٣٠٥/٧) . التنبيه للشيرازي ص١٣٥ .

(٧) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٨) في النسخ الثلاثة (بسوط) . والصواب ما أثبتناه .

(٩) ضُرب الزوجة موكول إلى اجتهاده فشرط عليه السلامة ، وهذا مقدر غير موكول إلى اجتهاده . وانظر كذلك الحاوي (١٢٦/١٢) .

(١٠) لا يقطع في الحر الشديد ولا البرد الشديد لئلا يؤدى إلى تلف النفس . ويؤخر ذلك إلى أن يعتدل الجو . انظر : البدائع (٥٩/٧) وأسهل المدارك (١٢٤/٣) والأم (٢٠/٦)

أصله الأرش [١] .

٢٦٧٧٢ - ولأنه مستوفى على وجه المماثلة ، فإذا بان أنه استوفى أكثر من المثل ضمن ، كالقرض استوفى عوضه أكثر منه [٢] .

٢٦٧٧٣ - ولأنه أذن له في استيفاء القصاص ، والمماثلة شرط في ذلك ، فإذا بان أنه استوفى النفس لم يوجد الشرط الذي تعلق الإذن به ، فصار كما لو قتله ولم يقطعه [٣] .

٢٦٧٧٤ - فإن قيل : لا سبيل إلى (استيفاء القصاص) [٤] على وجه لا يسرى [٥] .

٢٦٧٧٥ - قلنا : صحيح ، ولكن له (ترك) [٦] الاستيفاء ، فإذا استوفاه ضمن [٧] ، كما أن الضارب زوجته أمر بضربها بشرط السلامة ، ولا سبيل إلى ذلك ، إلا أنه لما كان (له) [٨] ترك الضرب فمتى فعله ضمن ، وكذلك الجالس في الطريق مأذون له في الجلوس بشرط أن لا (يعنى) [٩] به إنسان ، ولا سبيل له إلى ذلك ، لكن له سبيل إلى ترك الفعل ، (فما) [١٠] يتولد منه يلزمه ضمانه

٢٦٧٧٦ - ولأن القطع إذا سرى فكان القاطع ضمن النفس ، ولا يلزم الإمام إذا قطع السارق ، [١١] لأنه استوفى القطع لله تعالى ، فإذا مات فالله تعالى هو المستوفى للنفس ، والنفوس إذا أتلفها الله تعالى لم تكن مضمونة ، كذلك إذا

---

(١) ويمكن أن يجاب عن هذا القياس بأنه لم يستوف أكثر من حقه . وإنما فعل به مثل جنايته ولم يزد عليه .

(٢) قياسه على القرض قياس مع الفارق . لأنه في القصاص فعل به مثل فعله دون زيادة . وفي القرض أخذ منه أكثر مما دفع .

(٣) ويمكن أن يجاب عن هذا بأنه قياس مع الفارق . لأنه في مسألتنا وضع السيف في الموضع الذي أمر بوضعه فلم يضمن . بخلاف ما إذا قتله ولم يقطعه . فإنه لم يضع السيف في الموضع الذي أمر بوضعه فضمن .

(٤) في ب و ج (الاستيفاء) .

(٥) هذا اعتراض من الصاحبين . انظر : حاشية ابن عابدين (٣٦٣/٥) وعبارته : ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص . إذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه . وانظر كذلك : المبسوط (١٤٧/٢٦) .

(٦) في ج (أن يترك) .

(٧) قوله : له ترك الاستيفاء ، فإذا استوفاه ضمن . نوقش : بأن الضرب للدفع عن النفس لا يجوز تركه ، وعن المال يجوز . ثم لا يضمن سرايته فيهما .

(٨) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٩) كذا في أ و ج ، وفي ب (يضى) .

(١٠) في ب و ج (كما) .

(١١) ويجدر الإشارة هنا إلى الإمام إذا قطع يد السارق فمات منه لا ضمان على الإمام ولا على بيت المال بالإجماع . انظر : البدائع (٣٠٥/٧) والاستذكار لابن عبد البر (٢٨٩/٢٥) والأم (٩٣/٦) والإفصاح لابن هبيرة (٣٧٩/٢) .

صارت مستوفاة لحقه (١) .

٢٦٧٧٧ - قالوا : قوله تعالى : ﴿ وَلَمَنِ انتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِۦ فَأُوْلَٰٓئِكَ مَا عَلَيْهِم مِّن سَبِيلٍ ﴾ (٢) .

٢٦٧٧٨ - قلنا : المنتصر هو الذي يستوفي مثل ما ظلم به ، وهنا قد استوفى لسراية فعله ما لم يظلم به ، فلم تتناوله الآية (٣) .

٢٦٧٧٩ - احتجوا (٤) : بما روي عن سعيد بن المسيب (٥) أن عمر بن الخطاب [ﷺ] قال [في الذي يقتص] (٦) منه ثم يموت : « قتله الحق ، فلا دية له » (٧) . وعن عبد الله بن

(١) ناقش الإمام الماوردي هذا القياس فقال : ولأن السراية معتبرة بأصلها . فإن كان مضمونًا لحظره ضمنت سرايته . وإن كان هدرا لإباحته لم يضمن سرايته اعتبارا بالمستقر في أصول الشرع بأن من أوقد نارا في ملكه فتعدت إلى جاره ، أو أجرى الماء في أرضه فجرى إلى أرض غيره لم يضمن . ولو أوقد النار في غير ملكه وأجرى الماء في غير أرضه ضمن بتعديهما . ولو حفر بئرا في ملكه لم يضمن ما سقط فيها . ولو حفرها في غير ملكه ضمن ما سقط فيها . كذلك سراية القصاص عن مباح فلم يضمن . وسراية الجناية عن محظور فضمنت . وهذا دليل وانفصال عن الجمع بين السرايتين . انظر : الحاوي (١٢/١٢٦) .

(٢) الآية رقم ٤١ سورة الشورى . استدل به الإمام الماوردي في الحاوي (١٢/١٢٧) والقرافي في الذخيرة (١٢/٣٥٠) . قال ابن كثير في تفسير الآية الكريمة : أي ليس عليهم جناح في الانتصار ممن ظلمهم . انظر : تفسير ابن كثير (٤/١١٩) . وقال السدّي : إنما مدح الله من انتصر ممن بغى عليه من غير اعتداء بالزيادة على مقدار ما فعل به . انظر : تفسير القرطبي (١٦/٤٠) . ويمكن أن نقول : وجه الاستدلال بالآية الكريمة أن الله تعالى رفع الإثم عمن أخذ حقه ممن ظلمه من غير اعتداء بالزيادة على مقدار ما فعل به . فلا يضمن نفسه الجاني بالدية إذا مات دون تعد بالزيادة . وقد استدلوا أيضًا بقوله تعالى : ﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ ﴾ جزء من الآية رقم ٩١ سورة التوبة . قال الإمام ابن حزم : قالوا : إن القصاص مأمور به . ومن فعل ما أمر به فقد أحسن . وإذ أحسن فقد قال الله تعالى : ﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ ﴾ وإذ لا سبيل عليه فلا غرامة تلحقه ، ولا على عاقلته من أهله . انظر : المحلى (١٢/٣٦٧) .

(٣) ما رد به الإمام القدوري على المخالف من أن المنتصر هو الذي يستوفي مثل ما ظلم به . موافق لما نقله القرطبي عن السدّي وما ذكره ابن كثير . وأما قوله : وهنا قد استوفى لسراية فعله ما لم يظلم به فلم تتاوله الآية . فأقول : إنه فعل به مثل ما ظلم به فقط ، ولم يزد على ذلك . فتناوله الآية الكريمة .

(٤) احتج به القائلون بعدم الضمان . انظر : المبسوط (٢٦/١٤٧) والمهذب للشيرازي (٢/١٨٨) والمغني والشرح الكبير (٩/٤٤٣) . وقد ادعى الإمام الماوردي الإجماع فيها فقال : وروي عن عمر وعلي ﷺ أنهما قالا : من مات من حد أو قصاص فلا دية له . الحق قتله . وليس لهما مخالف فصار إجماعا . انظر : الحاوي (١٢/١٢٦) . وهذا غير مسلم . لأنه قد روي عن ابن مسعود ﷺ ما يخالف هذا الأثر فلا يسلم دعوى الإجماع عليها .

(٥) سبق ترجمته .

(٦) في النسخ الثلاثة (فالذى ينصر) . والصواب ما أثبته .

(٧) أخرجه عبد الرزاق في كتاب العقول . المصنف (٩/٤٥٧) برقم ١٨٠٠٢ وابن حزم في المحلى

عمر [١] أن عمر وعليا رضي الله عنهما كانا يقولان في الذي يموت من قصاص : « لا دية له » [٢] .

٢٦٧٨٠ - قلنا : روى إبراهيم [٣] عن ابن مسعود [٤] [رضي الله عنه] أنه قال في الذي يموت من القصاص : « يحط عنه [قدر] [٥] جراحته ، ثم يكون ضامنا لما بقي » [٦] . فإن قيل : هذا أيضًا (يخالف) [٧] قولكم .

٢٦٧٨١ - قلنا : خالفها في الضمان فلم يثبت (به) [٨] الاحتجاج ، ثم الكلام في كيفية الضمان كلام في مسألة أخرى [٩] ، وقد ....

= (٣٦٤/١٢) وابن عبد البر في الاستذكار ٢٨٨/٢٥ .

(١) هو عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي العدوي ، صحابي جليل . ولد سنة ثلاثة من البعثة ، وأسلم وهو صغير ، شهد المواقع مع رسول الله ﷺ من غزوة الخندق . وهو ممن بايع تحت الشجرة ، وأحد المكثرين من الرواية عن رسول الله ﷺ . توفي سنة ٧٣هـ . انظر : أسد الغابة (٢٣٦/٣) ، وسير أعلام النبلاء (٢٠٣/٣) .

(٢) أخرجه أبو بكر بن أبي شيبة في مصنفه كتاب الديات (٣٤٣/٩) والبيهقي في باب الرجل يموت في قصاص الجرح ، السنن الكبرى (٦٨/٨) عن عبيد بن عمير عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما أنهما قالا في الذي يموت في القصاص : لا دية له . وفي نص الإمام القدوري أن راوي الأثر عنهما هو عبد الله بن عمر . ولكني لم أجد الأثر بروايته . وهو عند ابن أبي شيبة والبيهقي برواية عبيد بن عمير . ولعل ما في نص الإمام القدوري تصحيف كلمة عبد الله بن عمر . والله أعلم . هذا وقد روى هذا الأثر عن عمر وعلي رضي الله عنهما كل من خلاس بن عمرو والأحنف بن قيس . أخرجه ابن حزم في المحلى (٣٦٥/١٢) هذا وقد روي هذا القول أيضًا عن أبي بكر رضي الله عنه . فقد أخرج ابن أبي شيبة عن أبي سعيد أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما قالا : من قتله حد فلا عقل له . انظر : مصنف ابن أبي شيبة (٣٤١/٩) وانظر كذلك : المحلى (٣٦٦/١٢) والمغني والشرح الكبير (٤٤٣/٩) .

(٣) سبق ترجمته .

(٤) سبق ترجمته .

(٥) في النسخ الثلاثة (وزر) ، والصواب ما أثبته بناء لما روي في كتب الآثار .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة في كتاب الديات . انظر : مصنف ابن أبي شيبة (٣٣٨/٩) . وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٤٥٨/٩) برقم ١٨٠٠٨ ، والإمام ابن حزم في المحلى (٣٦٤/١٢) ، وابن عبد البر في الاستذكار (٢٨٩/٢٥) .

(٧) في ب و ج (مخالف) .

(٨) ساقط من ب و ج .

(٩) الفرق بين قول ابن مسعود رضي الله عنه وقول أبي حنيفة رحمه الله هو أن ابن مسعود رضي الله عنه يرى بأن يرفع من الدية بقدر الجراحة . بينما يرى أبو حنيفة رحمه الله أنه لا يرفع منها شيء . بل تجب الدية كاملة . وجه قول ابن مسعود رضي الله عنه : أنه لما صار القطع قتلا لم يستوف منه حقه . ولما تعذر استيفاءه من جهة القصاص فله أن يستوفيه من الدية . ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله : أنه قطع حالا وقتل مآلا . فمن جهة أنه قطع حالا استيفاء لحقه . ومن جهة أنه قتل مآلا تعد منه . فيكون مستوفيا لحقه ومتعديا عليه . فمن جهة استيفاء حقه منه لا يجب له عليه شيء . ومن جهة أنه تعد عليه يجب الدية كاملة . وكان مقتضى القياس أن يقتص منه . إلا أنه لم يكن عمدًا محضا لأنه لم يرد قتله . وإنما أراد استيفاء حقه . فصار هذا شبهة في إسقاط القصاص . ولو سلم أنه لم يستوف حقه =

قال عطاء [١] وطاووس [٢] وحماد [٣] مثل قول أبي حنيفة [٤] رحمهم الله .

٢٦٧٨٢ - قالوا : عقوبة مستحقة مقدرة ، فوجب أن تكون سرايتها غير مضمونة ، أصله القطع في السرقة . وربما قالوا : ما لا يضمنه القاطع في السرقة لا يضمنه المقتص ، أصله قطع اليد من غير (سراية [٥] .

٢٦٧٨٣ - قلنا : القطع في السرقة واجب بقول الله تعالى . فلو ضمن) [٦] سرايته

= فلا معنى لأخذه من الدية . لأن حقه إنما كان في القصاص دون الدية . وقد فات محل القصاص . فسقط حقه بفوات المحل بإتلافه ، فلا يستحق شيئا . انظر : إعلاء السنن (٢١٢/١٨) .

(١) هو عطاء بن أبي رباح أسلم بن صفوان ، أبو محمد المكي ، مولى آل أبي خيثم القرشي . من أئمة التابعين وأجلة الفقهاء وكبار الزهاد . عامل عمر بن الخطاب على مكة . سمع أبا هريرة وابن عباس وأبا سعيد وجابرا وابن عمر ﷺ . وكان ثقة فقيها عالما كثير الحديث . انتهت فتوى أهل مكة إليه وإلى مجاهد في زمانهما . وكان أكثر ذلك إلى عطاء . ولد في خلافة عثمان بن عفان ﷺ . وتوفي ﷺ سنة ١١٥ هـ . وقيل سنة ١١٤هـ . وقيل غير ذلك . والله أعلم . انظر : التاريخ الكبير للبخاري (٤٦٣/٦) ترجمة رقم ٢٩٩٩ وشذرات الذهب (١٤٧/١) وتهذيب الكمال (٦٩/٢٠)

(٢) هو طاووس بن كيسان ، أبو عبد الله اليماني الحميري ، مولاهم من أبناء الفرس . من كبار التابعين والعلماء والفضلاء الصالحين . روى عن أبي هريرة وعائشة وغيرهما . والمشهور أن طاووس اسمه . قال ابن الجوزي : اسمه زكوان وطاووس لقبه . توفي بمكة سنة ١٠٦ هـ . وقيل غير ذلك . وصلى عليه الخليفة هشام بن عبد الملك . انظر : تهذيب الكمال (٣٥٧/١٣) وثقات ابن حبان (٣٩١/٤) ووفيات الأعيان (٥٠٩/٢)

(٣) هو حماد بن أبي سليمان مسلم الأشعري . صاحب إبراهيم النخعي . أبو إسماعيل الكوفي الفقيه ، مولى أبي موسى . العلامة الإمام فقيه العراق . روى عن أنس بن مالك وإبراهيم النخعي والحسن البصري وغيرهم . وروى عنه تلميذه الإمام أبو حنيفة وابنه إسماعيل وغيرهم . كان أحد العلماء الأذكياء والكرام الأسخياء . قال شعبة : كان صدوق اللسان . وقال يحيى بن معين : ثقة . توفي سنة ١٢٠ هـ . وقيل ١١٩ هـ . والله أعلم. انظر : تهذيب الكمال (٢٧٩/٧) ترجمة رقم ١٤٨٣ وسير أعلام النبلاء (٢٣١/٥) ترجمة رقم (١٥٧/١) وشذرات الذهب (١٥٧/١) والجرح والتعديل (١٤٦/٣) ترجمة رقم ٦٤٢ .

(٤) انظر مصنف عبد الرزاق (٤٥٥/٩) برقم ١٧٩٩٥ . وقال ابن المنذر : هذا قول عطاء وطاووس وعمرو بن دينار والحارث العكلي وبه قال الثوري . انظر : الإشراف (١١٧/٢) . وقال ابن عبد البر : وهو قول حماد بن أبي سليمان وطاووس وعطاء وعمرو بن دينار والحارث العكلي وعامر الشعبي . انظر : الاستذكار (٢٨٩/٢٥) . ولكن روي عن حماد أيضًا ما يوافق قول ابن مسعود ﷺ . انظر : مصنف ابن أبي شيبة (٣٤٠/٩) والمحلى (٣٦٤/١٢) .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (١٤٧/٢٦) حيث بين الإمام السرخسي وجه قول الصاحبين فقال : وجه قولهما : أن هذا قطع بحق أو قطع مستحق . فالسراية المتولدة منه لا تكون مضمونة كالإمام إذا قطع يد السارق . وقال الماوردي في الحاوي (١٢٦/١٢) : ولأن ما استحق قطعه بالنص لم يضمن سرايته كالسرقة وانظر كذلك : بداية المجتهد ٤٠٨/٢ والمغني والشرح الكبير (٤٤٣/٩) .

(٦) من قوله : سراية إلى آخر قوله : فلو ضمن ساقط من ب و ج .

كان في ذلك إسقاط ما وجب على الإمام من [الحد] [١] ، وذلك لا يجوز ، والقطع في مسألتنا (القصاص) [٢] ، [والأولى هو العفو] [٣] ، وذلك مندوب إليه .

٢٦٧٨٤ - ولأن القطع في السرقة يستوفى لحق الله تعالى ، فإذا تلفت به النفس لم يجز أن يكون مضمونًا من حقه ، لأن الله تعالى لا يضمن النفوس بالإتلاف .

٢٦٧٨٥ - ولا يجوز أن يضمنه الإمام ، لأنه لو ضمن ما يتصرف فيه (للمسلمين) [٤] لم يَنْفُذْ حكمُه ، وأما القصاص فإنما يستوفى بحق الإمام ، والنفس (يجوز) [٥] أن تكون مضمونة عليه بالإتلاف ، فكذلك يضمنها إذا بان أن شرط المماثلة لم يوجد [٦] .

٢٦٧٨٦ - قالوا : قطع غير مجتهد فيه ، (وإذا) [٧] سرى إلى النفس لم يضمن كقطع يد المرتد [٨] .

٢٦٧٨٧ - قلنا : عندكم قطع يد المرتد محظور ، لأن الإمام لا يجوز أن يمثل به [٩] ، فكيف يصح الوصف ، والمعنى في المرتد أن القطع يحصل والنفس مستحقة ، فلو قتله لم يضمن ، فإذا قطعه قطعًا مأذونا فيه فسرى لم يضمن ، وليس كذلك ها هنا ، لأن النفس غير مباحة ، فإذا قطع فسرى جاز أن يضمن .

---

(١) في النسخ الثلاثة (الحظ) . والصواب ما أثبتناه . ويراد بالحد هنا إقامة الحد .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٣) ما بين المعكوفين ليست في النسخ الثلاثة . وقد أثبته ليستقيم الكلام . لأن الظاهر من سياق الكلام أن فيه سقطا . ومما يؤكد سقوطها من النص ما جاء في البدائع (٣٠٥/٧) حيث ورد فيه هذه العبارة : فلو أوجبنا الضمان لامتنع الأئمة عن الإقامة خوفا عن لزوم الضمان . وفيه تعطيل الحدود . والقطع ليس بمستحق على من له القصاص ، بل هو مخير فيه . والأولى هو العفو .

(٤) في ب و ج (المسلمون) .

(٥) كذا في ب و ج . وفي أ (لا يجوز) .

(٦) ويمكن أن يجاب عما قاله الإمام القدوري هنا بأن فيه تعطيل أحكام القصاص . فقد ذكر ابن حزم في كتابه المحلى (٣٦٧/١٢) ما يلي : قال ابن وهب : أخبرني الليث بن سعد عن يحيى بن سعيد الأنصاري أنه قال : من استقيد منه بمثل ما دخل على الناس منه فقتله القود ، فليس له عقل . ولو أن كل من استقيد منه من حق قِبَله للناس فمات منه أغرمه المستقيد ، رفض الناس حقوقهم .

(٧) في ب (فوالى) ، وفي ج (وإن) .

(٨) انظر : المبسوط (١٤٧/٢٦) وعبارته : ولأن هذا قطع لو اقتصر لم يكن مضمونًا ، فلا تكون السراية مضمونة كقطع يد المرتد . وانظر كذلك : الذخيرة (٣٥٠/١٢) .

(٩) كما قال الإمام القدوري لا تجوز المثلة بالمرتد عند الشافعية . وإنما يقتل بضرب العنق دون الإحراق ونحوه للأمر بإحسان القِتلة وللنهي عن المثلة . انظر : مغني المحتاج (١٤٠/٤) .



مسألة [1] ١٣١٧

حكم القصاص من شريك من لا يقتص منه لو انفرد

٢٦٧٨٨ - قال أصحابنا رحمهم الله : إذا اشترك الأب والأجنبي في قتل الابن أو حُران في قتل عبد أحدهما ، فلا قصاص على واحد منهما [2] .

٢٦٧٨٩ - وقال الشافعي رحمه الله : يجب القصاص على الأجنبي وعلى المشارك للمولى .[3] (و) [4] قال : إذا شارك (البالغ) [5] صبي (أو) [6] مجنون ففيه قولان [7] : فرع

(١) مكانها بياض في ب .

(٢) انظر : الأصل لمحمد بن الحسن الشيباني (٤٦٦/٤٦٥/٤) وعبارته : وإذا اشترك رجلان في قتل رجل أحدهما أبوه فقتلاه بسلاح فالدية عليهما نصفين في أموالهما في ثلاث سنين . اهـ . هذا مذهب الحنفية في اشتراك الأب مع الأجنبي في قتل الابن ، أما اشتراك المولى مع الأجنبي في قتل المملوك فقد ذكرها السرخسي في المبسوط (٩٤/٢٦) وعبارته : فأما الأب مع الأجنبي أو المولى مع الأجنبي إذا اشتركا في قتل الولد والمملوك فلا قصاص على واحد منهما عندنا . اهـ وفي هذه الحالة تجب على الأجنبي نصف قيمة العبد في ماله . كما جاء في البدائع ٢٣٦/٧ وانظر كذلك : مختصر الطحاوي ص ٢٣١ . وتحفة الفقهاء (١٤٤/٣) .

(٣) قال الشافعي : وهكذا لو قتل رجل ابنه وقتله معه أجنبي كان على أبيه نصف ديته والعقوبة ، وعلى الأجنبي القصاص إذا كان الضرب في هذه الحالات كلها عمدًا . اهـ انظر : الأم (٢٤/٦) . هذا في اشتراك الأب مع الأجنبي في قتل الابن ، أما مسألة اشتراك المولى مع الأجنبي في قتل المملوك فقد جاء في أسنى المطالب (١٧/٤) ما نصه : ويقتص من شريك الأب في قتل الولد وعلى الأب نصف الدية مغلظة ، وكذا يقتص من شريك سيد في قتل عبده إن كان شريكه عبدا أو حرا . وانظر كذلك : المهذب للشيرازي (١٧٤/٢) ومغنى المحتاج (٢٠/٤) وهل يقتص من شريك الأب ، هذه مسألة خلافية بين الإمام أبي حنيفة والإمام الشافعي رحمهما الله ، وقد وافق الإمام مالك والإمام أحمد في أظهر الروايتين عنه مذهب الإمام الشافعي ، بينما وافق الإمام أحمد في رواية أخرى مذهب الإمام أبي حنيفة . فقد جاء في المنتقى للباجي (٧١/٧) ما نصه : فإنه يعقل الأجنبي وعلى الأب نصف الدية لأن القتل كله عمد ، لكن القصاص صرف عن الأب لمعنى فيه لا لصفة القتل . وجاء في المغني مع الشرح الكبير (٣٧٣/٩) ما نصه : وإذا قتل الأب وغيره عمدًا قتل من سوى الأب ، وعن أحمد رواية أخرى : لا قصاص على واحد منهما . وانظر كذلك الإنصاف للمرداوي (٤٥٨/٩) .

(٤) ساقط من ب و ج .

(٥) في ب (البايع) .

(٦) في ج (أم) .

(٧) القول الأول : أنه لا قود في العمد على البالغ العاقل إذا شارك صبيًا أو مجنونًا ، وعليه نصف الدية حالة في ماله ، وعليهما نصف دية الخطأ مخففة على عواقلهما من ، والقول الثاني : يجب على العامد إذا شاركهما في القتل القود بخروج النفس بعمد محض ، ولا قود عليهما ، وعليهما نصف الدية مغلظة حالة في أموالهما . انظر : الحاوي للماوردي (١٣٠/١٢) . وبقول الإمام الشافعي الأول قال الإمام أبي حنيفة والإمام =

على عمد الصبي في حكم العمد أو الخطأ ، [1] إن شارك العامدُ في (فعل) [2] غير مضمون مثل أن يجرح نفسه ، (ويجرحه أجنبي عمدًا ، أو يجرح) [3] سبع ، أو يجرح الرجلُ مرتدًا ثم أسلم فيجرحه (آخر) [4] ففيه قولان [5] .

= أحمد في الصحيح من مذهبه ، وبقول الإمام الشافعي الآخر قال الإمام مالك والإمام أحمد في رواية . وإليك نصوص المذاهب في هذه المسألة : قال الإمام محمد بن الحسن ﷺ : فإن كان مكان الأب رجل معتوه أو صبي فهو كذلك ، غير أن ما أصاب الصبي والمعتوه فهو على عاقلتهما ، عمدهما وخطأهما سواء انظر : الأصل (٤٦٦/٤) . وجاء في المدونة الكبرى (٢٠٣/١٦) ما نصه : إذا اجتمع في قتل رجل حر صبي ورجل فقتلاه عمدًا قال مالك : على عاقلة الصبي نصف الدية ويقتل الرجل . وانظر كذلك : المنتقى للباجي (٧٢/٧) . وجاء في المغني مع الشرح الكبير (٣٧٥/٩) ما نصه : إذا شاركوا في القتل من لا قصاص عليه لمعنى في فعله كالصبي والمجنون فالصحيح في المذهب أنه لا قصاص عليه .

(١) قال الإمام الشيرازي : فإن قلنا إن عمد الصبي خطأ لم يجب القصاص على البالغ لأن شريكه مخطئ ، وإن قلنا : إن عمده عمد ؛ وجب ؛ لأن شريكه عامد فهو كشريك الأب . انظر : المهذب (١٧٥/٢) . وقد اختلف الفقهاء في جناية الصبي : فذهبت الحنفية والمالكية وهو الصحيح من مذهب الحنابلة إلى أن عمد الصبي وخطأه خطأ ، وهو أحد قولي الإمام الشافعي . وذهب الإمام الشافعي في القول الثاني وهو الأظهر والإمام أحمد في رواية : إلى أن عمده عمد حتى تجب الدية عليه في ماله . هذا إذا كان له نوع تمييز وفهم ، وإلا فخطأ قطعًا . انظر : المبسوط (٨٦/٢٦) والمنتقى للباجي (٧٢/٧) وتحفة المحتاج (٣٩٠/٨) والإنصاف للمرداوي (١٣٣/١٠) وقد تعرض لها الإمام القدوري في مسألة مستقلة ، وستأتي فيما بعد في مسألة رقم ٣٣ .

(٢) في ب و ج (فعله) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) في النسخ الثلاثة (أخرى) . والصواب ما أثبته لأن المسألة خاصة باشتراك اثنين .

(٥) هذه ثلاث مسائل جمعها الإمام القدوري في سياق واحد ، ومذهب الحنفية يقضي بعدم وجوب القصاص وعلى الشريك نصف الدية ؛ لأنه مات بجرحين : أحدهما هدر ؛ والآخر معتبر . قال الإمام الكاساني : إذا جرح رجل جراحة وجرحه سبع فمات من ذلك : أن على الرجل نصف الدية ونصفها هدر ، لأنه مات بجراحتين إحداهما مضمونة ، والأخرى ليست بمضمونة فانقسم الأمان فسقط بقدر غير مضمون وبقي بقدر المضمون . انظر : البدائع (٢٣٦/٧) . وعند الشافعية فيها قولان . ذكر الشيرازي في المهذب (١٧٥/٢) المسألتين الأوليين فقال : وإن جرح رجل نفسه وجرحه آخر ، أو جرحه سبع وجرحه آخر ومات ففيه قولان : أحدهما : يجب القصاص على الجارح لأنه شاركه في القتل عامدًا فوجب عليه القصاص كشريك الأب ، والثاني : لا يجب ؛ لأنه إذا لم يجب على شريك المخطئ وجنايته مضمونة ، فلأن لا يجب على شريك الجارح نفسه والسبع وجنايتهما غير مضمونة أولى . وفيها عند المالكية قولان : أحدهما : يقتص ، والثاني : لا يقتص وإنما عليه نصف الدية في ماله ويضرب مائة ويحبس عامًا . انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٤٧/٤) . والحنابلة عندهم وجهان : أحدهما : يجب القود ، والثاني لا قود وهو المذهب . انظر : الإنصاف للمرداوي (٤٥٨/٩) . وصورة المسألتين كما ذكره ابن قدامة : أن يجرحه سبع ويجرحه إنسان عمدًا إما قبل ذلك أو بعده فيموت منهما ، أو يجرح نفسه عمدًا ثم يجرحه غيره عمدًا فيموت منهما . =

٢٦٧٩٠ - لنا : أن خروج الروح إذا حكم له بأدنى الأحوال في حق آدمي لم يحكم له بأعلاها في حق آدمي آخر ، أصله : المجوسي والمسلم إذا اشتركا في الذبح [١] .

٢٦٧٩١ - ولا يلزم إذا جرحه سبع ثم ذبحه آدمي ؛ لأن فعل [السبع] [٢] لم يحكم به في حق آدمي . ولا يلزم الحلال والمحرم إذا اشتركا في قتل صيد أنه لا كفارة على الحلال بفعله أدنى الفعلين ، [ثم] [٣] (يجب على المحرم الكفارة [٤] ؛ لأنا خالفنا بفعل المحرم أعلى الفعلين) [٥] في حق الله تعالى ؛ لأنه حق الآدمي .

٢٦٧٩٢ - ولأنه شارك في القتل (من) [٦] لا قود عليه بنفس الفعل ، فلم يلزمه القصاص كالمخطئ والعامد [٧] .

= انظر : المغني مع الشرح الكبير (٣٨٠/٩) . والمسألة الثالثة ذكرها الإمام النووي في الروضة (١٦٢/٩) وعبارته : لو أن مسلمًا جرح مرتدا ثم أسلم فجرحه مسلم آخر ومات ؛ فلا قود على الأول ؛ لأن جرحه في الردة غير مضمون ، وفي وجوب القود على الثاني قولان : أظهرهما : الوجوب كشريك الأب ، والثاني : لا ، بل عليه نصف الدية . يتضح مما سبق أن مذهب الحنفية يقضي في هذه المسائل كلها بعدم وجوب القصاص لاشتراك من يجب القصاص عليه لو انفرد مع من لا يجب القصاص عليه لو انفرد . كما يتضح أن الحنفية والشافعية اتفقوا في حالة اشتراك العامد مع الخاطئ على أنه لا يجب القصاص على شريك مخطئ . لذلك لم يتعرض لها الإمام القدوري هنا لكونها محل اتفاق بين المذهبين .

(١) عند الإمام الشافعي أيضًا لا تؤكل الذبيحة إذا اشترك المجوسي والمسلم في الذبح . انظر : الأم (٢٥٠/٢) وقد أجاب الإمام الشيرازي عن هذا القياس فقال : لأن الزهوق لا يتبعض ؛ فغلب التحريم ، والقصاص يتبعض ؛ فيجب على أحدهما دون الآخر . انظر : النكت للشيرازي مخطوط ، ورقة ٢٥٧ .

(٢) ما بين المعكوفين في النسخ الثلاثة (الآدمي) . والصواب ما أثبته نظرا للسياق .

(٣) ساقط من ج ، وفي أ و ب (لم) ، والصواب ما أثبتنا .

(٤) أي على المحرم الجزاء الكامل ، هذا عند الحنفية . انظر : اللباب (٢١٨/١) . أما عند الشافعية فيجب على المحرم نصف الجزاء انظر : المهذب للشيرازي (٢١٧/١) وعبارته : إذا اشترك حلال ومحرم وجب على المحرم نصف الجزاء ولم يجب على الحلال شيء كما لو اشترك رجل وسبع في قتل آدمي .

(٥) قوله (يجب على المحرم - إلى قوله - بأعلى الفعلين) ساقط من ج .

(٦) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٧) هذا قياسًا على اشتراك العامد مع المخطئ ، وكما ذكرنا اتفقت الحنفية والشافعية على أنه لا يقتل شريك مخطئ ، انظر : البدائع (٢٣٥/٧) والأم (٢٤/٦) وهو قول المالكية . انظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٤٧/٤) . وعند الحنابلة روايتان والمذهب سقوطه عن شريك المخطئ . انظر : الإنصاف للمرداوي (٤٥٨/٩) وقد أجاب ابن قدامة عن هذا القياس فقال : وأما شريك الخاطئ فلنا فيه منع ، ومع التسليم فامتناع الوجوب فيه لقصور السبب عن الإيجاب ، فإن فعل الخاطئ غير موجب للقصاص ولا صالح له ، والقتل منه ومن شريكه غير متمحض عمدًا لوقوع الخطأ في الفعل الذي حصل به زهوق النفس بخلاف مسألتنا . انظر : المغني مع الشرح الكبير (٣٧٤/٩) .

٢٦٧٩٣ - قالوا : الوصف لا يصح ؛ لأن أبا الحسن الكرخي [١] قال : إن قتل الأب للابن يوجب القصاص ثم يتعذر الاستيفاء فتجب الدية ، ولهذا قلتم : إن (الأب) [٢] لا يقتل ، ولو كان القتل أوجب المال وجب عليه [٣] .

٢٦٧٩٤ - قلنا : قال أصحابنا جميعا : إن الواجب بقتل الأب الدية [٤] ، ولهذا تجب مؤجلة ، ولو لم تجب بنفس القتل لم تتأجل إلا بالتأجيل ، وأما سقوط القود : فروي عن أبي يوسف [رحمه الله] ، ولا يعرف مذهب أبي حنيفة رحمه الله .

٢٦٧٩٥ - وانفرد أبو الحسن صاحبه بأن قال : (إنَّ) [٥] قتله يوجب القصاص (ثم) [٦] يسقط .

٢٦٧٩٦ - فإن قلنا بقول الجماعة ؛ فالوصف صحيح (و) [٧] سقط السؤال .

٢٦٧٩٧ - وإن قلنا بقول أبي الحسن ؛ فالقصاص يجب (غير) [٨] مستقر فيصير كأنه لم يجب ، (كما) [٩] قال أصحابنا في ملك الوكيل لما لم يستقر صار كأن لم يكن .

٢٦٧٩٨ - فإن قيل : ينتقض برجلين أجاف [١٠] كل واحد منهما رجلا جائفة ، (فعفا) [١١] المجروح عن أحدهما وعما يحدث من جراحته ثم مات ، فالقصاص واجب على الآخر ، وقد شاركه من لا قود عليه بنفس الفعل [١٢] .

---

(١) هو عبيد الله بن الحسين أبو الحسن الكرخي ، منسوب إلى كرخ قرية بنواحي العراق ، أخذ الفقه عن أبي سعيد البردعي عن إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة عن أبيه عن جده ، وكان إمامًا قانتًا عابدًا صوامًا كبير القدر ، انتهت إليه رئاسة المذهب ، وتفقه عليه أبو بكر الرازي الجصاص وأبو علي أحمد بن محمد الشاشي الفقيه ؛ وأبو أحمد الطبري وأبو القاسم التنوخي وأبو الحسين القدوري ، وله المختصر وشرح الجامع الصغير وشرح الجامع الكبير . ولد سنة (٢٦٠ هـ) وتوفي سنة (٣٤٠ هـ) . انظر : الفوائد البهية ص (١٠٨/١٠٩) وشذرات الذهب (٣٥٨/٢) وطبقات الفقهاء للشيرازي ص١٤٢ .

(٢) في ب (الابن) .

(٣) كذا في ب و ج ، وفي أ (عكسه) .

(٤) انظر : المبسوط (٩٥/٢٦) حيث قال السرخسي : الواجب على الأب بهذا الفعل الدية لا غير ، فإنه هو الذي يستوفى منه ، وإنما يراد بالوجوب الاستيفاء ، فإذا كان لا يستوفى منه إلا الدية عرفنا أنه موجب للدية .

(٥) ما بين القوسين زيادة من ب ج .

(٦) في ب و ج (لم) .

(٧) ما بين القوسين زيادة من ب و ج

(٨) في ج (عن) .

(٩) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(١٠) أجافه أي بلغ جوفه ، وجافه يجوفه كذلك ، والجائفة : الجناية التي تصل إلى جوف البدن . انظر : طلبة الطلبة ص ٣٣٢ .

(١١) في ب و ج (فعفي) .

(١٢) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٧ وعبارته : ينتقض إذا جرحه أجنبيان وعفا عن أحدهما قبل الموت ، فإنه شاركه من لا قود عليه وتجب عليه القود .

٢٦٧٩٩ - (قلنا : الجائفة تقع ووجوب (القصاص) [١] بها مراعى ، فإن استقرت ثبت أنها لم توجب القصاص ، وإن سرت إلى النفس ثبت أن القصاص [٢] وجب بها. فلا يقال : إنه شاركه من لا قود عليه بنفس الفعل) [٣] .

٢٦٨٠٠ - ومن أصحابنا من منع هذا النقض وقال : لا يجب القصاص على الآخر. (و) [٤] احتج بما روى ابن سماعة [٥] عن محمد [رَحِمَهُ اللَّهُ] في رجل جرح رجلاً جراحتين ، فعفا المجروح عن (إحدى) [٦] الجراحتين وما يحدث منها ثم مات ، لم يجب على الجارح قصاص ، قال : فهذا يدل أنه لا يجب القصاص أيضًا في جراحة الرجلين.

٢٦٨٠١ - قالوا : يبطل بالحربي والمسلم إذا جرحا مسلمًا عمدًا [٧] .

٢٦٨٠٢ - قلنا : لا نعرف الرواية في هذا ، ويجب أن يسقط القصاص عن المسلم للعلة (التي) [٨] ذكرناها .

٢٦٨٠٣ - فإن قيل : المعنى في (الأصل) [٩] أن الشبهة وجدت في [الفعل] [١٠] وفعل أحدهما غير متميز (من) [١١] فعل الآخر فلم يجب القصاص على واحد منهما .

٢٦٨٠٤ - وفي مسألتنا وجدت الشبهة في الفاعل لا في الفعل وأحد الفاعلين

---

(١) ساقط من ب و ج .

(٢) في أ زيادة : كان ، وفي ب زيادة (كما) وأثبتنا سقوطهما من ج

(٣) قوله : (قلنا الجائفة - إلى قوله - بنفس الفعل) كله ساقط من ج .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٥) هو محمد بن سماعة بن عبد الله بن هلال بن وكيع ، أبو عبد الله التميمي ، حدث عن الليث ابن سعد وأبي يوسف ومحمد وأخذ الفقه عنهما وعن الحسن بن زياد . وولي القضاء للمأمون ببغداد فلما مات قال يحيى بن معين : اليوم مات ريحانة العلم من أهل الرأي . وله كتاب أدب القاضي وكتاب المحاضر والسجلات وكتاب النوادر وغيرها . ولد سنة (١٣٠ هـ) وتوفي سنة ٢٣٣ هـ . انظر : الفوائد البهية ص ١٧٠ وتاج التراجم ص ٢٤٠ وطبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٣٨ .

(٦) في أ (أحد) وما أثبتناو من ب .

(٧) لا يوجد إيراد هذا النقض في كتب الشافعية ، وإنما الذي وجده ما أورده الإمام الشافعي على محمد بن الحسن وهو إبطاله باشتراك المستأمن والمسلم في قتل المستأمن ، حيث قال في كتاب الرد على محمد بن الحسن الشيباني في الأم (٣٢٨/٧) ما نصه : ويقال له : إن كنت إنما رفعت القود في الصبي والمجنون يقتلان الرجل ومعهما عاقل من قبل أن القلم مرفوع عنهما فحكمت بأن أحدهما خطأ ، فقد تركت هذا الأصل في الرجل المستأمن يقتله مسلم ومستأمن إذا كنت تحكم على المستأمن ؛ وتجعل على المسلم حصته من الدية .

(٨) كذا في ب و ج ، وفي أ (الذي) .

(٩) في ب و ج (الأجل) .

(١٠) في النسخ الثلاثة (الفصل) ، والصواب ما أثبتنه .

(١١) في ب و ج (عن) .

(متميز) [١] عن الآخر ، (فلذلك) [٢] لم يسقط القصاص عن أحدهما بسقوطه عن الآخر [٣] .

٢٦٨٠٥ - قلنا : (هذا) [٤] فرق لا معنى له ، لأن المخطئ [وُجد] [٥] معنى فيه وهو عدم القصد ، أوجب ذلك المعنى حكما (لفعله) [٦] ، وكذلك الأبوة معنى في الأب أوجب بفعله صفة ، فاستويا في أن المؤثر وجد في الفاعل ، ويوجب ذلك الفعل حكما أو صفة ، ولأن ما تؤثر فيه الشبهة [يستوي] [٧] أن تكون (الشبهة) [٨] في الفاعل أو الفعل أو المفعول ، ألا ترى أن الأب إذا وطأ جارية ابنه ، فالشبهة في الفعل [٩] ، (ومن) [١٠] وطأ جارية مشتركة فالشبهة في المفعول ، ثم استوى الجميع في سقوط الحد [١١] .

٢٦٨٠٦ - فإن قيل : فعل الخاطئ لو قدرنا وجوده في العامد لم يجب عليه القصاص ، لأن الروح تخرج عن عمد وخطأ ، وفعل الأب لو قدرناه فصفته من الأجنبي لم تسقط القصاص عنه لأنه عمد محض [١٢] .

---

(١) في ب و (مميز) . (٢) في ب و ج (فكذلك) .

(٣) قال الماوردي : فأما الجواب عن قياسه على الخاطئ : فهو أن سقوطه عن الخاطئ لمعنى في فعله ، وقد امتزج الفعلان في السراية فلم يتميزا ، وسقوطه عن الأب لمعنى في نفسه ، وقد تميز القاتلان فلم يستويا . انظر : الحاوي للماوردي (١٢٩/١٢) ومغني المحتاج (٢٠/٤) .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ب و ج . (٥) في النسخ الثلاثة (واحد) .

(٦) كذا في أ و ب ، وفي ج (لفظه) .

(٧) في النسخ الثلاثة (ويستوي) والسياق يقتضي حذف الواو كما أثبتناه .

(٨) في ب و ج (للشبهة) .

(٩) قوله : فالشبهة في الفعل ، فيه نظر ، لأن الذي وجدته في كتب الحنفية أن الشبهة الدارئة للحد في وطء الأب جارية ولده إنما هو شبهة في المحل وهي قيام دليل ناف للحرمة في ذاته ، فلا يحد فيها وإن قال : علمت أنها علي حرام . أما الشبهة في الفعل وتسمى شبهة الاشتباه فتتحقق في حق من اشتبه عليه الحل والحرمة فظن غير الدليل دليلًا ، فلا بد من الظن وإلا فلا شبهة أصلا ، فلا يحد فيها إن ظن الحل كظنه حل وطء جارية زوجته أو أبيه أو أمه أو جده أو جدته وإن علا ، ووطء المطلقة ثلاثا في العدة أو بائنا على مال والمختلعة أو أم الولد إذا أعتقها وهي في العدة ، ووطء العبد جارية مولاه والمرتهن في حق المرهونة في رواية ومستعير الرهن كالمرتهن ، ففي هذه المواضع لا حد إذا قال : ظننت أنها تحل لي . ولو قال : علمت أنها حرام على وجب الحد . انظر : ملتقى الأبحر (٣٣٣/٣٣٢/١) والأشباه والنظائر لابن نجيم ص (١٤٣/١٤٢) .

(١٠) في ج (ولأن) .

(١١) لا خلاف بين الحنفية والشافعية في أنه لا يُحد من وطأ الأمة المشتركة وجارية ولده . انظر : ملتقى الأبحر (٣٣٣/١) والمهذب للشيرازي (٢٦٨/٢) .

(١٢) لأنه لو وجد فعل الخاطئ والعامد من أحدهما لم يجب القود ، ولو وجد فعل الأب والأجنبي من الأجنبي وجب القود . انظر مغني المحتاج (٢١/٤) .

٢٦٨٠٧ - قلنا : فعل الأب لو قدرنا وجوده من الأجنبي لصفته لم يجب عليه القصاص ، وهو أن يجرحه عامدًا جراحتين لا قصاص في إحداهما مثل أن يكون المجروح [قد عفا] (١) من إحدى الجراحتين أو تكون (إحداهما) (٢) موضحة استوفاها قصاصًا ، فأما أن يقدر فعل الأب من الأجنبي ولم يقارنه معنى يؤثر في القصاص فلا يصح ، كما لا يصح أن يقدر فعل الخاطئ من العامد لا على وجه الخطأ .

٢٦٨٠٨ - فإن قيل : من أصلكم أن الشبهة المقارنة والطارئة سواء ، ولهذا قلتم : إن العين المسروقة إذا وهبت من السارق سقط القطع ، وإذا ملك المزني بها سقط الحد (٣) ، [فجاز] (٤) أن يكون (العفو عن) (٥) أحد (الجارحين) (٦) يسقط القصاص عن الآخر كما تسقط الشبهة المقارنة للفعل .

٢٦٨٠٩ - قلنا : العفو عن أحد القاتلين ليس بشبهة ، وإنما هو إسقاط للحق ، ومن يسقط حقه لم يوجب ذلك شبهة في الفعل ، وإذا لم يكن شبهة لم يؤثر (٧) ، فأما إذا وقع الفعل من أحد الفاعلين غير موجب للقصاص فهو شبهة في حق الآخر .

٢٦٨١٠ - لأن القصاص لم يجب في بعض النفس ، فلم يجب في نفسها ، بيان الفرق بين الموضعين : أن رجلين لو قتل كل واحد منهما رجلا انفرد بقتله وولي المقتولين واحد ، فعفا عن أحد القاتلين لم يَسقط القصاص عن الآخر (٨) ، ولو عفا عن نصف دم المقتولين سقط عن القاتلين ، ولأن الولي يجوز [له] (٩) أخذ المال يقسمه القاتلين ، فلم يكن سقط عن القاتلين ، ولأن الولي يجوز [له] (١٠) أخذ المال وله استيفاء القصاص ، كما لو قتل أحدُهما عمدًا والآخرُ شبه عمد .

---

(١) في النسخ الثلاثة (في فدا) ، والصواب ما أثبتناه . (٢) في أ (أحدهما) ، وما أثبتناه من ب .

(٣) هذا عند الحنفية ، لأن اعتراض سبب الملك قبل إقامة الحد يوجب سقوطه . انظر : البناية مع الهداية (٤٢٦/٥) . أما عند الشافعية فلا يسقط الحد . انظر : المهذب (٢٨٣/٢) .

(٤) في النسخ الثلاثة (فكان) . (٥) ما بين القوسين زيادة من ب و ج .

(٦) في أ (الجراحتين) . أثبتنه من ب و ج .

(٧) من المتفق عليه بين الحنفية والشافعية : أن العفو عن أحد الشريكين أو القاتلين لا يسقط القصاص عن الشريك الآخر . انظر : الأصل للإمام محمد بن الحسن (٥١١/٤) والأم (١١/٧) .

(٨) فله أن يقتل الآخر ، لأنه استحق على كل واحد منهما قصاصًا كاملا ، والعفو عن أحدهما لا يوجب العفو عن الآخر ، وذكر في المنتقى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يسقط القصاص عنهما . انظر : البدائع (٢٤٧/٧) .

(٩) ما بين المعقوفين ليس في النسخ الثلاثة ، وقد أثبته ليستقيم الكلام .

(١٠) ما بين المعقوفين ليس في النسخ الثلاثة ، وقد أثبتناه ليستقيم الكلام .

٢٦٨١١ - وإن القصاص لم يجب في بعض المتلَف (فلم يجب)[(١)] في نفسه ، كما لو جرح نفسه وجرحه أجنبي[(٢)] ، (أو)[(٣)] جرحه سبع وآدمي ، أو نقول : شاركه في القتل من أُجري فعلُه مجرى الخطأ في سقوط القصاص من جميع الأحوال ، فلم يجب عليه القصاص كما ذكرنا ، والدليل على هذا الأصل : أن فعل [السبع][(٤)] وجرح الإنسان لنفسه دون (الخطأ)[(٥)] ، بدليل أن الخطأ مضمون وفعل السبع ليس بمضمون ، فإذا ترك مشاركة المخطئ (من)[(٦)] القصاص ، فمشاركة السبع بالنفس أولى[(٧)] .

٢٦٨١٢ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى ﴾[(٨)] وقوله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾[(٩)] وقوله تعالى : ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّي ٱلْقَتْلِ ﴾[(١٠)] . وقوله (ﷺ)[(١١)] : « من قُتل (له قتيل)[(١٢)] فأهله بين خيرتين »[(١٣)] .

٢٦٨١٣ - قلنا : أجمعنا أن المراد في جميع هذه المواضع كلها عمد محض لا شبهة

---

(١) في ب و ج (لم يجز) .

(٢) أجاب الإمام الماوردي عن قياس شركة الأب على شركة المقتول ؛ فقال : وجمعه بين شركة الأب وشركة المقتول ففيه قولان : أحدهما : أن شريك المقتول يقتل ، فعلى هذا يسقط الاستدلال . والقول الثاني وهو الأصح : لا يقتل وإن قتل شريك الأب ، لأن شركة المقتول إبراء وليست شركة الأب إبراء . انظر : الحاوي للماوردي ١٢٩/١٢ .

(٣) في ج (و) .

(٤) في النسخ الثلاثة (الدم) ، والصواب ما أثبته لأن الكلام هنا في مشاركة السبع للآدمي .

(٥) كذا في أ ، وفي ب و ج (من الخطأ) .

(٦) في ج (في) .

(٧) ويمكن أن يجاب عن هذا القياس بأنه قياس مع الفارق ، لأن جناية السبع هدر لا قصاص فيه ولا دية ، أما جناية المخطئ فليست بهدر ، لأنها مضمونة بالدية وإن لم يكن فيها قود .

(٨) الآية رقم ١٧٨ من سورة البقرة .

(٩) وتمام الآية الكريمة :﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ الآية رقم ٤٥ من سورة المائدة .

(١٠) وتمام الآية الكريمة : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا۟ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورًا ﴾ الآية رقم ٣٣ من سورة الإسراء .

(١١) كذا في أ . وفي ب و ج (عليه السلام) .

(١٢) في ب (قتل أهله) ، وفي ج (قتيلا) .

(١٣) الحديث سبق تخريجه . ووجه الاستدلال بهذه النصوص : أن عمومها يوجب القصاص من شريك الأب ؛ لأنه قتل من يكافئه عمدًا . قال الماوردي : والدليل على أن شريك الأب يقتل عموم قوله تعالى : ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا ﴾ انظر : الحاوي للماوردي (١٢٩/١٢) والمنتقى للباجي (٧٢/٧) .

فيه ، فصار ذلك كالمشروط ، ولو ذكر ذلك لم نسلم أن هذا عمد محض [فيسقط الاستدلال] (١) ، على أن قوله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ (فِيهَآ) (٢) أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ يقتضي أن يجب من قتل النفس القتل ، قال : يجب القتل والمال ، فلم يقل بالظاهر (في) (٣) قوله [تعالى] : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى ﴾ فالقصاص هو المماثلة فلا يجب بقتل الواحد [إلا] (٤) (قتل نفس) (٥) واحدة ، فمن أوجب القصاص والمال فقد خالف الظاهر ، قوله [تعالى] : ﴿ فَقَدْ جَعَلْنَا (لِوَلِيِّهِۦ) (٦) سُلْطَٰنًا ﴾ يقتضي سلطانًا واحدًا ، فمن أثبت السلطان (بالقود) (٧) والمال فقد ترك الظاهر ، وقوله ﷺ : « فأهله بين خيرتين » يقتضي (التخير) (٨) بين القصاص والمال ، وعندهم يجمع بين الأمرين في مسألتنا (٩) .

٢٦٨١٤ – قالوا : خروج الروح عن عمد محض مضمون فوجب على (المكافئ) (١٠) في القصاص قياسًا على (الأجنبيين) (١١) إذا عفا الولي عن أحدهما (١٢) .

٢٦٨١٥ – قلنا : لا نسلم أنه عمد محض ، لأن مشاركة من لا (قود) (١٣) عليه بفعله (شبهة) (١٤) ، فيمنع (ذاك) (١٥) تمحض العمد .

٢٦٨١٦ – ولأن قولهم : مضمون (إن) (١٦) أرادوا به مضمونًا بالقود لم نسلم ،

---

(١) في النسخ الثلاثة (يسقط للاستدلال) ، والصواب ما أثبتناه .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) في النسخ الثلاثة (لأن) .

(٥) كذا في أ ، وفي ب (من قتل نفسا) .

(٦) ساقط من ب .

(٧) كذا في أ ، وفي ب (بالقول) ، وفي ج (بالقتل) .

(٨) في ج (التمييز) .

(٩) وجواب الإمام القدوري عن الاستدلال بالنصوص فيه نظر ، لأن الحنفية يتفقون مع الشافعية في حالة اشتراك اثنين فأكثر في قتل شخص أن لولي المقتول القود ممن أراد منهم وأخذ الدية ممن أراد منهم ، ولم يقولوا أن هذا جمع بين القود والدية ، وإنما الذي يخالف ظاهر هذه النصوص الجمع بين القود والدية في حالة انفراد القاتل بالقتل .

(١٠) في ج (الكافر) .

(١١) في أ (الأختين) وهو تحريف ، وما أثبته من ب و ج .

(١٢) لنا أنه روح خرجت عن عمد محض مضمون فتعلق بها وجوب القود على المكافئ كما لو انفرد الأجنبي بالقتل أو سقط القود عن أحد الشريكين لا لمعنى في فعله فلا تسقط به عن الآخر كما لو اشترك أجنبيان ثم عفا عن أحدهما . انظر ذلك في : الحاوي للماوردي (١٢٦/١٢) والمغني مع الشرح الكبير (٣٧٣/٩) .

(١٣) في ب و ج (فرق) وهو تحريف .

(١٤) في ج (الشبهة) .

(١٥) في ب و ج (ذلك) .

(١٦) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

وإن أرادوا مضمونًا بالدية ، لم يصح على أصلهم ، وإن أبهموا الضمان لم يصح مع اختلاف أحكامه ، ولأن قولهم : عمد محض مضمون لا تأثير له .

٢٦٨١٧ - لأن عند الشافعي [رَحِمَهُ اللَّهُ] إذا اشترك الحربي و المسلم في قتل المسلم وجب القصاص على المسلم [(١)] ، (وإن) [(٢)] كان فعل الحربي (مضمونًا) [(٣)] ، وإذا سقط هذا الوصف انتقضت العلة بمن جرح نفسه (وجرحه) [(٤)] أجنبي ، وبمن جرحه آدمي وسبع على الصحيح من المذهب [(٥)] ، والمعنى في الأصل أن القصاص تعلق بفعل كل واحد منهما ، فسقوطه عن أحدهما بعد ذلك لا يوجب سقوطه عن الآخر .

٢٦٨١٨ - وفي مسألتنا شاركه في الفعل من لا قود عليه بنفس الفعل ، فأسقط ذلك القصاص عنه .

٢٦٨١٩ - (وهذا) [(٦)] أَلزم للشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ ، ولأن عنده الشبهة المقارنة مؤثرة والطارئة لا تؤثر [(٧)] ، ولهذا (القول) [(٨)] إن هبة العين المسروقة لا تسقط القطع [(٩)] ، ثم اعتبر في مسألتنا المعنى المقارن بالطارئ ، وهذا لا يصح ، فإن قاسوا بهذه العلة على القاتل الواحد .

---

(١) في هذه المسألة قولان للإمام الشافعي ، والذي ذكره الإمام القدوري أظهرهما ، فقد قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٢١/٤) ما نصه : وإذا اشترك الحربي والمسلم في قتل المسلم وجب القصاص على المسلم في الأظهر لحصول الزهوق بفعلين عمدين وامتناع القصاص على الآخر لمعنى يخصه فصار كشريك الأب ، والثاني : لا يقتل لأنه شريك من لا يضمن ، فهو أخف حالا من شريك الخاطئ الذي فعله مضمون بالدية ، فإذا لم نوجب القصاص على شريكه فهنا أولى .

(٢) في ب و ج (فإن) .

(٣) في ب (مضمون) .

(٤) في ب و ج (وجرح) .

(٥) ما قاله الإمام القدوري من أنه الصحيح من المذهب عند الشافعية إنما هو أظهر القولين عندهم فقد قال الخطيب الشربيني في مغنى المحتاج (٢١/٤) ما نصه : يقتل شريك جارح النفس ، وكذا يقتل شريك السبع والحية القاتلين غالبا في الأظهر .

(٦) في أ (وبهذا) ، وما أثبته من ب و ج .

(٧) ما ذكره الإمام القدوري عن الإمام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في التفرقة بين الشبهة المقارنة والشبهة الطارئة هو الصحيح من القولين للإمام الشافعي ، وإليك نص ما ذكره الإمام السبكي في الأشباه والنظائر (٣١٢/١) حيث قال : قاعدة : كل ما قارن لمنع فإذا طرأ فعلى قولين ، كما لو أسلم فيما يعم فانقطع في محله ، ففي الانفساخ قولان : وكالفسق يمنع الإمامة ابتداء وإذا طرأ لم يعزل على الصحيح . وانظر كذلك : المنثور في القواعد للزركشي (٣٥٠/٢) .

(٨) كذا في النسخ الثلاثة .

(٩) وذلك لما روي أن النبي ﷺ أمر في سارق رداء صفوان أن تقطع يده فقال صفوان : إني لم أرد هذا ، هو عليه صدقة ، فقال رسول الله ﷺ : « فهلا قبل أن تأتيني به » ، ولأن ما حدث بعد وجوب الحد ولم يوجب شبهة في الوجوب فلم يؤثر في الحد كما لو زنى وهو عبد فصار حرًا قبل أن يحد أو زنى وهو بكر فصار ثيبًا قبل أن يحد . انظر : المهذب (٢٨٢/٢) .

٢٦٨٢٠ - قلنا : المعنى فيه أن القصاص وجب (عن) [1] جميع النفس ، وليس كذلك في مسألتنا ، لأن المال وجب في بعض النفس ، فلم يجب القصاص في بقيتها .

٢٦٨٢١ - قالوا : القصاص وضع لصيانة الدماء ، فلو (أسقطت المشاركة) [2] القصاص (لقصد) [3] كل إنسان إلى من يشاركه صبي أو مجنون فيسقط القصاص عنه .

٢٦٨٢٢ - قلنا : إذا ضرب الرجل بآلة لا يقتص فيها ، ثم ضربه بالسيف فمات لا قصاص عليه ، وإن جاز أن يتوصل بذلك إلى إسقاط القصاص ، لأنه على فعل نفسه ، ونعني صفاته أقدر منه على فعل غيره .

٢٦٨٢٣ - وقد حكى المزني [4] [رحمه الله] عن الشافعي [رحمه الله] مناظرة جرت بينه وبين محمد بن الحسن [5] [رحمه الله] في هذه المسألة ، قال الشافعي [رحمه الله] : سألت محمدا عن الصبي والبالغ إذا اشتركا في القتل هل يقتل البالغ ، قال : لا ، لأن الصبي لا مأثم عليه ، (فقال له) [6] : هذا ينتقض بالأب والأجنبي . إذا اشتركا [7] ، وهذا كلام لا

---

(١) في ب و ج (من) . (٢) في ب و ج (سقط لمشاركة) .

(٣) في أ (لفعل) وفي ب (لفصل) وما أثبته من ج .

(٤) المزني هو إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن إسحاق أبو إبراهيم المزني . صاحب الإمام الشافعي رضي الله عنه من أهل مصر ، وكان زاهدًا عالمًا مجتهدًا محجاجًا غواصًا على المعاني الدقيقة ، وهو إمام الشافعيين وأعرفهم بطرقه وفتاويه وما ينقل عنه ، وقال الشافعي رضي الله عنه في حقه : المزني ناصر مذهبي . وقال أيضًا في وصفه : لو ناظر الشيطان لغلبه . صنف كتبا كثيرة في مذهب الإمام الشافعي منها : الجامع الكبير والجامع الصغير والمختصر والمنثور والمسائل المعتبرة والترغيب في العلم وكتاب الوثائق وغير ذلك . توفي رحمه الله سنة ٢٦٤ هـ بمصر ودفن بالقرب من تربة الإمام الشافعي رضي الله عنه . انظر : طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٩٧ وطبقات الشافعية للسبكي (٩٣/٢ - ١٠٩) وشذرات الذهب (١٤٨/٢) ووفيات الأعيان (٢١٧/١) .

(٥) سبق ترجمته . (٦) في ج (قال) .

(٧) انظر : مختصر المزني المطبوع مع الأم ٣٤٦/٨ وعبارته : واحتج على محمد بن الحسن في منع القود من العامد إذا شاركه صبي أو مجنون فقال : إن كنت رفعت عنه القود لأن القلم عنهما مرفوع وأن عمدهما خطأ على عاقلتهما فهلا أقدت من الأجنبي إذا قتل عمدًا مع الأب لأن القلم عن الأب ليس بمرفوع ، وهذا ترك أصلك . اهـ . وهذه المناظرة ذكرها الإمام الشافعي في الأم في كتاب الرد على محمد بن الحسن الشيباني (٣٢٧/٧/٣٢٨) . وقد اعترض المزني على الإمام الشافعي بعد أن حكى المناظرة فقال : قد شرك الشافعي رحمه الله محمد بن الحسن فيما أنكر عليه في هذه المسألة ، لأن رفع القصاص عن الخاطئ والمجنون والصبي واحد فكذلك حكم من شاركهم بالعمد واحد . وقد تعقبه الإمام الماوردي فقال : فأما كلام المزني فمشتمل على فصلين : أحدهما : ما حكاه الشافعي في مناظرته لمحمد بن الحسن في شريك الصبي لم أسقط عنه القود ، فقال محمد بن الحسن : لأن القلم عنه مرفوع . فأجاب الشافعي : بأن شريك الأب لا قود عليه عندك ، =

يصح ، لأنه لا يشتبه على أحد أن هذا ليس بنقض ، وإنما هو (عكس) [١] ، (فاعتذر) [٢] أصحابه من هذا وقالوا : التعليل إذا وقع للجنس [٣] انتقض بالعكس [٤] .

٢٦٨٢٤ - قلنا : فالشافعي [رحمه الله] سأله عن علة ، الظاهر أنه علل لها ، فأما الجنس فلم يقع السؤال عنه .

٢٦٨٢٥ - قالوا : يجوز أن يكون الشافعي [رحمه الله] سأله عن الفرق بين البالغين إذا اشتركا ، فعفا عن أحدهما ، والصبي والبالغ إذا اشتركا ، فقال محمد [رحمه الله] : البالغان كل واحد منهما مأثوم والصبي لا (مأثم) [٥] عليه .

٢٦٨٢٦ - قلنا : [نَقَضَه] [٦] على هذا بالأب والأجنبي .

٢٦٨٢٧ - قلنا : (إن) [٧] كان هكذا ، فقد احتج محمد رحمه الله بعلتين ، فحكى الشافعي رحمه الله إحداهما وسكت عن الأخرى ، ثم ذكر النقض على العلة (المسكوت) [٨]

= وليس القلم مرفوعا عن الأب ، فأبطل عليه تعليله بارتفاع القلم . والفصل الثاني من كلام المزني أن اعترض به على الشافعي فقال : قد شارك محمد بن الحسن فيما أنكر عليه ، لأنه رفع القصاص عن الخاطئ حتى أسقط به القود عن العامد ، ورفع القصاص عن الصبي ولم يسقط به القود عن البالغ ، وهذا الاعتراض وهم من المزني ، لأن الشافعي حمل ذلك على اختلاف قوليه في عمد الصبي هل يكون عمدًا أو خطأ ، فجعله في أحد قوليه عمدًا ، فلم يسقط به القود عن البالغ إذا شاركه لوجود الشبهة في الفاعل دون الفعل بخلاف الخاطئ ، وإن جعل عمده في القول الثاني خطأ سقط به القود عن البالغ لوجود الشبهة في الفعل دون الفاعل كالخاطئ ، فكان اعتراضه زللا ، والله أعلم بالصواب . انظر الحاوي للماوردي (١٣٢/١٢) .

(١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج . والعكس : لغة : القلب والرد . واصطلاحًا : عبارة عن تعليق نقيض الحكم المذكور بنقيض علته المذكورة ردًّا إلى أصل آخر ، كقولنا : ما يلزم بالنذر يلزم بالشروع كالحج ، وعكسه : ما لم يلزم بالنذر لم يلزم بالشروع ، فيكون العكس على هذا ضد الطرد . انظر : المعجم الوسيط (٦٤١/٢) مادة عكس ، والتعريفات للجرجاني ص١٧٥ .

(٢) في ب و ج (قد اعتذر) .

(٣) الجنس : كلي مقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو من حيث هو كذلك . انظر : التعريفات للجرجاني ص٨٩ .

(٤) حيث أجاب الماوردي بجوابين عن قول الحنفية من أنه ليس بنقض وإنما هو عكس فقال : أحدهما : إن من مذهبهم نقض العلة بطردها وعكسها فألزمهم الشافعي على مذهبهم . والجواب الثاني : أن التعليل إذا كان لعين انتقض بإيجاد العلة ولا حكم ، ولا ينتقض بإيجاد الحكم ولا علة ، وإذا كان التعليل لجنس انتقض بإيجاد العلة ولا حكم وبإيجاد الحكم ولا علة ، وتعليل محمد بن الحسن قد كان للجنس دون العين فصح انتقاضه بكلا الأمرين . الحاوي للماوردي (١٣٢/١٢) .

(٥) في ب (إثم) .

(٦) في النسخ الثلاثة (فضمه) ، وما أثبته أقرب للسياق .

(٧) في ج (إذا) .

(٨) كذا في أ ، وفي ب (المشارك) وفي ج (المسلول) .

عنها التي لم يحكها ، وهذا غلط في الحكاية وإيراد النقض على علة لم تُذكر[1].

* * *

(١) قال الإمام أبو بكر الجصاص : الذي ألزمه الشافعي محمدًا غير لازم بحق النظر ؛ لأن الذي يلزم على هذا الأصل أن كل من عمده خطأ أن لا يقتل المشارك في القتل وإن كان عامدًا ، فأما من ليس بعمد ، فليس بلازم على ذلك ، وهو موقوف على دليله ؛ لأنه عكس العلة . انظر : مختصر اختلاف الفقهاء لأبي بكر الجصاص ورقة أ ٢٣٣ .


مسألة (١) ١٣١٨

حكم ما إذا كان الدم بين شريكين فعفا أحدهما عن القاتل ثم قتله الآخر مع العلم بعفو شريكه

٢٦٨٢٨ - قال أصحابنا رحمهم الله : إذا كان الدم بين شريكين فعفا أحدهما ، ثم قتله الآخر مع العلم بعفو شريكه ؛ فعليه القصاص (٢) .

٢٦٨٢٩ - وقال الشافعي رحمه الله : إن قتل أحد الشريكين قبل عفو الآخر فهل عليه قود ، فيه قولان . وإن قتله بعد عفوه ، فإن كان (قبل) (٣) حكم الحاكم بسقوط القود ، ففيها قولان (٤) .

٢٦٨٣٠ - لنا : أن أحدهما لما عفا فقد سقط حق الآخر من القصاص ، فإذا قتله

(١) مكانها بياض في ب .

(٢) انظر : الأصل لمحمد بن الحسن (٥٤٧/٤) والمبسوط للسرخسي (١٦٣/٢٦) حيث قال السرخسي : إذا عفا أحد الوليين عن الدم ثم قتل الولي الآخر القاتل عمدًا ، فإن كان لا يعلم بعفو الشريك ، أو علم بذلك ولا يعلم أن عفو أحدهما يسقط القود ، فعليه الدية كاملة في ماله . وإن كان فقيها يعلم أن القود ؛ يسقط بعفو أحد الشريكين ؛ فعليه القصاص . وانظر كذلك : البدائع (٢٤٨/٧) . وبهذا القول قالت المالكية . جاء في الكافي ص ٥٩٠ ما نصه : فإن كان القاتل الثاني ولي القتيل ، فقد أخذ حقه ولا شيء له ولا لمن شركه في الدم غير ذلك ، فإن كان قتله بعد أن عفا عنه ؛ فعليه القود كالأجنبي . وهو قول الحنابلة أيضًا . قال المرداوي : فإن قتله الباقون عالمين بالعفو وسقوط القصاص فعليهم القود بلا نزاع . انظر : الإنصاف (٤٨٢/٩) . وقال ابن قدامة : فإن قتله الشريك الذي لم يعف عالمًا بعفو شريكه وسقوط القصاص به ؛ فعليه القصاص ؛ سواء حكم به الحاكم أو لم يحكم . انظر : المغني مع الشرح الكبير (٤٦٥/٩) . وبهذا يتبين أن هذه المذاهب الثلاثة لم تفرق بين أن يكون القتل قبل حكم الحاكم بالقصاص أو بعده ، فأوجبوا القود على القاتل .

(٣) في ج (قتل) .

(٤) انظر : مختصر المزني مع الأم (٣٤٧/٨) والحاوي للماوردي (١٣٣/١٢) . قال الإمام الشيرازي في بيان أقوال الإمام الشافعي رحمه الله في هذه المسألة : وإن قتل رجل وله اثنان من أهل الاستيفاء فبدر أحدهما وقتل القاتل من غير إذن أخيه ؛ ففيه قولان : أحدهما : لا يجب عليه القصاص ، وهو الصحيح ، والثاني : يجب عليه القصاص . وإن عفا أحدهما عن حقه من القصاص ثم قتله الآخر بعد العلم بالعفو ؛ نظرت ، فإن كان بعد حكم الحاكم بسقوط القود عنه وجب عليه القصاص ؛ لأنه لم يبق له شبهة . وإن كان قبل حكم الحاكم بسقوط القود عنه ، فإن قلنا يجب عليه القود إذا قتله بعد قبول العفو ، فلأن يجب عليه ؛ إذا قتله بعد العفو أولى . وإن قلنا لا يجب عليه قبل العفو ، ففيما بعد العفو قولان : أحدهما : يجب عليه ، لأنه لا حق له في قتله ، فصار كما لو عَفَوَا ثم قتله أحدهما . والثاني : لا يجب . انظر : المهذب للشيرازي (١٨٤/٢) . وما نقله الإمام القدوري رحمه الله عن الشافعية موافق لما في كتب الشافعية .

الآخر مع العلم بالعفو كان كما لو قتله بعد الحكم [١] .

٢٦٨٣١ - ولأن عفو الشريكين لما أسقط القصاص وأوجب القود على القاتل إذا حكم الحاكم ، وكذلك إذا لم يحكم ، كأن عفا بنفسه ثم قتل [٢] .

٢٦٨٣٢ - ولأن أحدهما إذا عفا انتقل نصيب الآخر [مالًا فصار] [٣] كمن له دين على آخر (قتله) [٤] ، وإن شئت قلت : (إن) [٥] الجناية بعد العفو موجبها المال ، فصارت كجناية الخطأ ، ومعلوم أن ولي الخطأ لو قتل وجب عليه القصاص ، كذلك هذا .

٢٦٨٣٣ - احتجوا : بأن سقوط القصاص بعفو أحد الشريكين مختلف فيه ؛ لأن عثمان البتي [٦] يقول : لا يسقط القصاص [٧] . فإذا لم يحكم حاكم بسقوط القصاص فقد قتل مع الشبهة [٨] .

---

(١) بجامع أن كلا قتل بغير حق ؛ لأن القصاص سقط بعفو شريكه فأصبح دمه معصوما .

(٢) لأن في كل من المقيس والمقيس عليه سقط القصاص بالعفو ، فصار دم القاتل محرمًا كسائر الدماء المحرمة ، فلو رجع عن عفوه وقتل القاتل ، اعتبر الولي قاتلًا عمدًا . وقد قال الله تعالى في أية القصاص : ﴿ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ سورة البقرة الآية ١٧٨ فقد جاء في تفسير الآية الكريمة : أي قتل قاتل وليه بعد أخذ الدية وسقوط القود . انظر : تفسير القرطبي (٢/٢٥٥) .

(٣) في النسخ الثلاثة (فصار مالا) والصواب ما أثبته .

(٤) ساقط من ج . (٥) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٦) هو عثمان بن سليمان بن جُرموز ، أبو عمرو البتي . قيل : اسم أبيه مسلم ، وقيل : أسلم . من كبار الفقهاء ، وكان ثقة له أحاديث ، حدث عن أنس بن مالك والشعبي والحسن البصري . كان من أهل الكوفة ثم انتقل إلى البصرة . وكان يبيع البتوت فنسب إلى البت وهو كساء غليظ من وبر أو صوف . توفي رحمه الله سنة ١٤٣هـ . انظر : طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٩١ وطبقات ابن سعد (٧/٢٥٧) وسير أعلام النبلاء (٦/١٤٨) .

(٧) والقول بأن عفو أحد الشريكين لا يسقط القصاص نسبه الإمام القدوري إلى عثمان البتي ، بينما نسبه الإمام الشيرازي في المهذب (٢/ ١٨٤) إلى الإمام مالك رحمه الله . وقد نسبها أيضًا ابن قدامة في المغني والشرح الكبير (٩/٤٦٤) إلى بعض أهل المدينة . وهذا القول لم أجده منسوبًا لعثمان البتي رحمه الله . وهو رأي الإمام ابن حزم من الظاهرية ، فقد قال : وصح أن من دعا إلى القود فهو له . انظر : المحلى (١٢/٢٤٨/٢٤٩) أما الإمام مالك فيرى أنه إذا كان الأولياء مستوين في الدرجة والاستحقاق كابنين أو أخوين أو عمين فأكثر ، فإن اجتمعوا كلهم على القصاص اقتصوا . وإن طلب بعضهم القصاص وبعضهم العفو ، فالقول لمن طلب العفو ، ومتى حصل العفو من أحدهم سقط القصاص ولمن لم يعف نصيبه من دية عمد . فإن كان أنزل درجة لم يعتبر عفوه . انظر : حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٤/٢٦١) والكافي ص ٥٩١ .

(٨) انظر : المهذب للشيرازي (٢/١٨٤) حيث قال فيه : والقول الثاني : لا يجب ؛ لأن على مذهب مالك رحمة الله عليه : يجب له القود بعد عفو الشريك ، فيصير ذلك شبهة في سقوط القود . وقال النووي في الروضة (٩/٢١٦) : لشبهة اختلاف العلماء .

٢٦٨٣٤ - قلنا : خلاف البتّي غير محتج به ، والإجماع بخلافه [١] . ثم يبطل هذا إن [٢] أمسك رجلًا على قتل آخر ، ثم إن الولي قتل الممسك ، فإن القصاص يجب عليه .

٢٦٨٣٥ - وكان مالك [٣] رحمه الله يقول : إن القصاص يجب على الممسك [٤] . ولا يعتبر في ذلك الحكم .

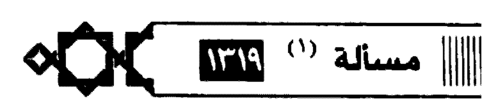
* * *

(١) والإجماع لما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه رفع إليه رجل قتل رجلًا ، فجاء أولياء المقتول وقد عفا أحدهم ، فقال عمر لابن مسعود - رضي الله عنهما - وهو إلى جنبه : ما تقول ، فقال ابن مسعود رضي الله عنه : أقول : إنه قد أحرز من القتل . قال : فضرب على كتفه ثم قال : كُنَيِفٌ ملئ علما . أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٣/١٠) برقم ١٨١٨٧ . ووجه كونه إجماعًا أن ذلك كان بحضرة الصحابة رضوان الله تعالى عليهم من غير نكير فحل محل الإجماع . انظر : تبيين الحقائق (١١٤/٦) .

(٢) في النسخ الثلاثة (وإن) والصواب ما أثبته نظرًا للسياق .

(٣) سبق ترجمته .

(٤) لا خلاف بين المذاهب الأربعة في أنه إذا أمسك رجل شخصًا ليقتله آخر ؛ فالقصاص يجب على القاتل ؛ لأنه باشر القتل . أما الممسك : فقد اختلفت آراء المذاهب هل يقتص منه أم لا ، فذهب الحنفية والشافعية إلى أنه لا يقتل ، وإنما يعزر . وهو الراجح عند الحنابلة . وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « إذا أمسك الرجل الرجل حتى جاء آخر فقتله ، قتل القاتل وحبس الممسك » أخرجه الإمام البيهقي في السنن الكبرى وصححه ابن القطان ورفعه . انظر : تلخيص الحبير (١٥/٤) . وذهب المالكية إلى أنه يقتص من الممسك أيضًا لتسببه في القتل . وهو مشروط عندهم بأن يكون قتله متوقفًا على إمساكه أي لولا إمساكه لما أدركه القاتل ، وأن يعلم الممسك أنه يريد أن يقتله فيمسكه لأجل أن يقتله . وقتل الممسك رواية أيضًا عن الإمام أحمد . انظر : الحجة على أهل المدينة (٤٠٣/٤) والكافي ص ٥٨٩ وقوانين الأحكام الشرعية ص٣٧٤ ومغني المحتاج (٩/٤) والإنصاف للمرداوي (٤٥٦/٩) والمغني والشرح الكبير (٤٧٧/٩) .



مسألة (١) ١٣١٩

حكم ما إذا قطع يد رجل من الزنْد ثم جاء آخر فقطع الذراع من المرفق قبل اندمال الجرح الأول ثم مات المقطوع

٢٦٨٣٦ - قال أصحابنا رحمهم اللّه : إذا قطع يد رجل من الزنْد (٢) ، ثم جاء آخر فقطع الذراع (٣) من المرفق (٤) ، ثم مات المقطوع ؛ فعلى الأول القصاص في اليد ، وعلى الثاني القصاص في النفس (٥) .

٢٦٨٣٧ - وقال الشافعي رحمه الله : يُقتلان جميعًا (٦) .

(١) مكانها بياض في ب .

(٢) الزنْد : موصل طرف الذراع في الكف . والزَّندان : عظما الساعد أحدهما أدق من الآخر ، فطرف الزند الذي يلي الإبهام هو الكوع ، وطرف الزند الذي يلي الخِنْصَر كُرْسوع ، والرُّسغ مجتمع الزندين . انظر : لسان العرب (١٨٧١/٣) مادة زند . ومختار الصحاح ص ٢٩٧ .

(٣) الذِراع : من المرفق إلى أطراف الأصابع . انظر : المصباح المنير (٢٨٢/١) .

(٤) المِرفق : موصل الذراع في العضد ، وكذلك المَرفق . انظر : مختار الصحاح ص ٢٧٣ .

(٥) انظر : الأصل (٥٣٦/٤) حيث جاء فيه ما نصه : ولو شهد شاهدان أن هذا قطع يده من مفصل الكف ، ثم شهدا على آخر أنه قطع تلك اليد من المرفق ، ثم مات من ذلك كله والقطع عمد ، فإن على صاحب الكف أن يقطع يده ، وعلى هذا الآخر القصاص في النفس ، لأن هذا هو القاتل من قبل أن القطع الثاني برأ منه القطع الأول . وقد ذكر صاحب المبسوط والبدائع أن زفر من الحنفية يختلف رأيه عن هذا ، فهو يرى أنهما يقتلان جميعًا . حيث قال السرخسي في المبسوط (١٧٠/٢٦) : وقال زفر والشافعي : القصاص عليهما في النفس جميعًا . وقال الكاساني : ولو قطع إصبع يد رجل عمدًا ، وقطع آخر يده من الزند فمات فالقصاص على الثاني في قول أصحابنا الثلاثة رحمهم اللّه . وقال زفر رحمه الله : عليهما جميعًا . وبه أخذ الشافعي رحمه الله . وجه قول زفر : أن السراية باعتبار الألم ، والقطع الأول اتصل ألمه بالنفس وتكامل بالثاني ، فكانت السراية مضافة إلى الفعلين ، فيجب القصاص عليهما . انظر : البدائع (٣٠٤/٧) .

(٦) ما نقله الإمام القدوري رحمه الله عن الإمام الشافعي رحمه الله غير دقيق ، فالإمام القدوري لم يبين ما إذا كان الإمام الشافعي يرى قتلهما قصاصًا بضرب العنق فقط وهو ما يفهم من عبارة الإمام القدوري ، أو أنه يرى أن يقتص منهما في الأطراف أولا مثلما فعلا ثم يقتلان ، وما وجدته في مختصر المزني هو أن الإمام الشافعي رحمه الله يرى أن يقتص منهما في الأطراف أولًا كما فعلا ثم يقتلان أيضًا . فقد قال المزني في مختصره ما نصه : قال الشافعي رحمه الله : ولو قطع يده من مفصل الكوع ، فلم يبرأ حتى قطعها آخر من المرفق ، ثم مات ، فعليهما القود . يقطع قاطع الكف من الكوع ، ويد الآخر من المرفق ثم يقتلان . لأن ألم القطع الأول واصل إلى الجسد كله . انظر : مختصر المزني مع الأم (٣٤٧/٨) . وقد ذكر الإمام النووي أن هناك قولان للإمام الشافعي رحمه الله فيما إذا كان يد القاطع الثاني سليمة ، فقال الإمام النووي : وأما الثاني ، فإن كان له ساعد بلا كف ، اقتص منه بقطع مرفقه =

٢٦٨٣٨ - لنا : أن الموت حصل وليس للجرح الأول أثر في النفس ، فلم يجب القصاص في النفس على الأول : أصله : إذا اندمل الجرح الأول [١] .

٢٦٨٣٩ - ولأنه إذا اندمل جاز أن يتبعض فيموت لسرايتها وباتصال الألم منها ، وإذا زال موضع الجراحة لم يعدْ أبدًا ، فإذا لم يجب القصاص إذا قطع اليد بعد البرء فهذه أولى . ولا يلزم إذا ضربه رجل بعصا وآخر بسيف فمات منهما أن القصاص عليهما ، وإن كان الضارب بالعصا لا أثر لفعله [٢] ، لأنا لا نسلم هذا ، بل نقول : إن الضرب بالعصا لا يوجب القصاص وإن كان له أثر .

٢٦٨٤٠ - فإن قيل : المعنى في الاندمال أن الألم زال ، فحصل [التلف] [٣] من ألم الجرح الثاني ، وفي مسألتنا لم يزل الألم [٤] .

٢٦٨٤١ - قلنا : قد يندمل الجرح والألم في النفس بحاله ، بدلالة أنا نشاهد المجروح بعد اندمال الجرح متغير اللون والجسم ، ولو كان الألم قد زال عاد إلى حالته الأولى من غير (تغيير) [٥] .

= ثم يقتل ، وإن كانت يده سليمة فهل تقطع من المرفق ثم تحز رقبته أم يقتصر على الحز ، قولان ، ويقال وجهان . أظهرهما الأول ، وهو نصه في المختصر . انظر : روضة الطالبين (٢٣٢/٩) . وبهذا يتبين أن محل الخلاف بين الحنفية والشافعية هو ما إذا كان القطع الثاني قبل برء الأول ، أما إن كان بعد برئه فالقاتل هو الثاني بالاتفاق ، فيكون على الأول القصاص في الطرف وعلى الثاني القصاص في النفس . انظر : المراجع السابقة . كما يتبين لنا أن زفر من الحنفية يرى أن يقتلان جميعًا ، ولكن هل يرى أن يقتص منهما بضرب العنق فقط أم يرى القصاص منهما في الطرف أولا ثم قتلهما بضرب العنق ، فلم أعثر على ما يوضح ذلك .

(١) لا خلاف بين الحنفية والشافعية في أنه لو قطع الثاني بعد برء واندمال الجرح الأول فمات المجروح فإن القاتل هو الثاني ، انظر : المراجع السابقة .

(٢) هذا جواب الإمام القدوري رحمه الله عن اعتراض الشافعية على القياس الأولوي ، فقد ذكروا اعتراضين : أحدهما : أن هذا يقتضي زيادة الألم الثاني وقلة الأول ، وليس اختلافهما في القلة والكثرة مانعًا من تساويهما في القتل ، كما لو جرحاه فكانت جراحة أحدهما أكثر ألمًا ، كانا سواء في قتله . والثاني : أن انقطاع أسباب الألم لا يمنع من مساواة ما بقيت أسبابه في إضافة القتل إليهما ، كما لو ضربه أحدهما بخشبة وجرحه الآخر بسيف كانا شريكين في قتله ، وإن كان أثر الخشبة مرتفعًا وأثر السيف باقيًا . انظر : الحاوي (١٣٦/١٢) . ومن هذا القياس نرى أن ما ذكره الشافعية لا يلزم الحنفية .

(٣) في النسخ الثلاثة (أن التلف) ، والسياق يقتضي حذف أن .

(٤) انظر : الحاوي للماوردي (١٣٦/١٢) حيث قال فيه : أما الاندمال فلا يكون إلا بعد زوال الألم ، والقطع لا يزيل الألم ، وإنما يقطع زيادته فافترقا .

(٥) كذا في ب و ج ، وفي أ (تفريق) . وما أثبتناه أقرب للسياق .

٢٦٨٤٢ - ولأن القطع إذا حصل وصل الألم إلى النفس ، وذلك الألم غير موجب للتلف ، بدلالة أنه لو أوجب التلف مات في الحال ، وإنما السراية تكون باتصال الألم إلى أن تتكامل في النفس فيتلف ، واتصال الألم لا يجوز أن يكون مع زوال محله ، كما لا يكون النماء في (الأغصان) [١] مع جفاف أصلها ، فلم يبق إلا أن يكون التلف مع القطع الثاني ، فوجب القصاص به خاصة .

٢٦٨٤٣ - فإن قيل : محل القطع وإن زال فالألم في النفس بحاله ، ثم ينضم إليه ألم القطع الثاني فمات منهما .

٢٦٨٤٤ - قلنا : وجود الألم الذي لا جرح معه لا يتعلق به قصاص ، كما لو آلمه بالكلام .

٢٦٨٤٥ - فإن قيل : يبطل بمن جرح رجلًا جراحة ثم جاء آخر فقَوَّرَ [٢] اللحم من مكان الجراحة حتى زال محل الجرح الأول .

٢٦٨٤٦ - قلنا : هذا مثل مسألتنا يجب القصاص على الثاني ، والأول لا قصاص عليه .

٢٦٨٤٧ - احتجوا : بأنه جرح لا يمنع جرحًا بعده ، فلا يقطع حكم جراحة قبله . أصله : إذا قطع اليد الأخرى . ولأنهما قطعان لو كانا من طرفين كانا قاتلين ، فإذا كانا في طرف واحد كانا (قاتلين) [٣] كما لو قطع إصبعين .

٢٦٨٤٨ - قلنا : إذا قطع كل واحد طرفًا ، فالتلف حصل ومحل ؛ الجناية الأولى بحاله لم ينقطع اتصال الألم منه ، فحدث الموت منهما ، فكان القصاص عليهما .

٢٦٨٤٩ - وفي مسألتنا زال المحل الأول ، فلم يجز يتصل الألم منه ، فلم يبق إلا أن يكون التلف من الجرح الثاني ، فوجب عليه القصاص .

٢٦٨٥٠ - فإن قيل : القطع الأول قد حصل الألم منه في القلب والدماغ ، ولم يزل ذلك بالقطع الثاني [٤] .

٢٦٨٥١ - قلنا : ذلك الألم غير موجب للتلف ، وإنما كان موجب التلف بالاتصال ، ويستحيل أن يتصل الألم من غير محل .

---

(١) وفي ب و ج (الأعراض) .

(٢) قَوَّرَ : تقول قورت الشيء تقويرًا : أي قطعت من وسطه خرقًا مستديرًا كما يقور البطيخ . انظر : المصباح المنير (٧١٣/٢) ومختار الصحاح ص ٥٨١ .

(٣) - في أ و ب (قاتلان) وما أثبته من ج وهو الصواب .

(٤) انظر : انظر : النكت ورقة أ ٢٥٧ والحاوي (١٣٦/١٢) .

٢٦٨٥٢ - قالوا : لا يمتنع أن يزول محل الجناية ولا يزول ألمها ، كما أن التنور إذا سُجِرَ [(١)] ثم أخرج الجمر منه بقيت الحرارة وإن زال ما كان يتولد منها [(٢)] .

٢٦٨٥٣ - قلنا : النار أجزاء لطيفة لا يقدر الإنسان على إخراج جميعها ، فإذا خرج الجمر فقد بقي هناك أجزاء لطيفة من النار تلك الحرارة تتولد (منها) [(٣)] ، ولأن النار تولد حرارة في الهواء ، فإذا أخرج النار بقي الهواء وفيه حرارة ، ثم هذا أكثر أحواله أن يثبت لمخالفنا أن الألم باق مع زوال الجراحة ، ونحن نسلم ذلك ، إلا أنه غير موجب التلف ، إنما كان يتوالى حتى يتلف ، وقد انقطع التوالى فلم يتعلق بذلك حكم .

* * *

---

(١) سُجِرَ من سَجَرتُه سجرا من باب قتل : ملأته ، وسجرت التنور : أوقدته . وهذا هو المراد هنا . انظر : المصباح المنير (٣٦٣/١) .

(٢) انظر : الحاوي للماوردي (١٣٦/١٢) وعبارته : دليلنا هو أن الموت بالسراية حادث عن ألمها ، وألم القطع الأول قد سرى في الحال إلى الجسد كله قبل القطع الثاني ، فانتقل محله إلى القلب الذي هو مادة الحياة ، فإذا حدث القطع الثاني أحدث ألمًا ثانيًا زاد على الألم الأول ، فصار الموت حادثا عنهما لا عن الثاني منهما ، كما سجر تنورًا بنار حمي بها ثم أخرج سجاره وسجره بأخرى تكامل حماه بهما ، ولم يكن تكامل الحمى منسوبًا إلى السجار الثاني وإن زال السجار الأول ، بل كان منسوبًا إليهما ، كذلك تكامل الألم في القلب لم يكن بالقطع الثاني دون الأول ، بل كان بالثاني والأول .

(٣) ساقط من ب .

مسألة (١) ١٣٢٠

حكم استيفاء القصاص بغير السيف

٢٦٨٥٤ - قال أصحابنا رحمهم الله : لا قصاص إلا بالسيف ، سواء قتل به أو بغيره (٢).

٢٦٨٥٥ - وقال الشافعي رحمه الله : يقتل بالآلة التي قتل بها (٣) .

٢٦٨٥٦ - ويتعين الخلاف فيمن حرّق رجلًا بالنار ؛ فإنه يقتل بالسيف (عندنا) (٤)، وعنده يحرق (٥) .

٢٦٨٥٧ - وعلى إحدى الروايتين : إذا قتل بحديد مثقل يقتل عندنا بالسيف (٦)، وعنده بالحديد المثقل (٧) . وإذا قطع منه عضوًا يجب فيه القصاص

---

(١) مكانها بياض في ب .

(٢) الأصل لمحمد بن الحسن (٤٨٣/٤) والمبسوط للسرخسي (١٢٢/٢٦) والبدائع (٢٤٥/٧) .

(٣) انظر : روضة الطالبين (٢٢٩/٩) ومغنى المحتاج (٤٤/٤) قال القفال الشاشي في الحلية (٤٩٥/٧) : فإذا قتله بغير السيف في مثقل أو حرقه أو غرقه أو خنقه ، اقتص منه بمثل ما قتل به .

وقالت المالكية : القصاص يكون بمثل ما قتل به ، انظر : المنتقى للباجي (١١٩/٧) والقوانين الفقهية ص ٣٧٥ . وانظر كذلك حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢٦٥/٤) .

وعن الإمام أحمد رحمه الله روايتان ، والمذهب أنه لا يستوفي القصاص في النفس إلا بالسيف ، وهو المشهور واختيار الأكثرين ، وفي الرواية الأخرى : يفعل به كما فعل إلا ما استثنى أو يقتل بالسيف ، وهو اختيار الشيخ تقي الدين رحمه الله . انظر : الإنصاف للمرداوى (٤٩٠/٩) والإفصاح لابن هبيرة ص٣٨٠ .

(٤) كذا في أ ، وفي ب و ج (عمدًا) .

(٥) إذا قتل رجلًا بالنار ترى الحنفية أنه يقتل بالسيف . قال محمد بن الحسن في الأصل (٥٠٦/٤) : وإذا حرق الرجل الرجل بالنار ، فإن عليه القصاص ، يقتله وليه بالسيف إن أراد ذلك . وقال الإمام الشافعي رحمه الله : إن طرحه في نار حتى يموت طرح في النار حتى يموت . انظر : مختصر المزني مع الأم (٣٤٧/٨) وعند المالكية المشهور من قول الإمام مالك وأصحابه أن من قتل بالنار فإنه يقتص منه بالنار ، وعبد الملك يرى أنه لا يقتل بالنار لحديث : « لا يعذب بالنار إلا رب النار » فعلى المشهور يكون القصاص بالنار مستثنى من النهي عن التعذيب بها . انظر : المنتقى (١١٩/٧) وبلغة السالك (٣٩٤/٢) . وعند الحنابلة إن حرقه بالنار لا يحرق ، لأن التحريق محرم لحق الله تعالى لقول النبي ﷺ : « لا يعذب بالنار إلا رب النار » ولأنه داخل في عموم الخبر وهو « لا قود إلا بالسيف » وقال القاضي : الصحيح أن فيه روايتين كالتغريق . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٩١/٩) .

(٦) ولو قتله بحديد مثقل غير محدد كالعمود ونحوها ففيه روايتان عن الإمام أبي حنيفة رحمه الله : في ظاهر الرواية أنه عمد نظرا إلى أنه أصل الآلة ، وفي رواية الطحاوى : ليس بعمد ، لأنه لا يفرق الأجزاء . انظر الاختيار (٣٢/٥) .

(٧) انظر : المهذب (١٨٦/٢) .

[فمات] [١] يقتل بالسيف ولا يقطع ، وعنده يقطع ، فإن مات وإلا قتل [٢] .
وإن فعل ما لا يجب فيه القصاص [بانفراده] [٣] مثل أن يقطع يده من بعض الساعد أو جافه أو شجه هاشمة [٤] ، فعندنا يقتل .

٢٦٨٥٨ - وهذا أحد قولي الشافعي [رَحِمَهُ اللَّهُ] ، وقال في قول آخر : يصنع به كما صنع ، فإن مات وإلا قتل بالسيف [٥] .

٢٦٨٥٩ - وإن أوجر [٦] (رجلًا خمرًا) [٧] حتى مات ، أو وطأ (صبية) [٨] صغيرة (فقتلها) [٩] أو تلوط بصبي فقتله ، قال أصحاب الشافعي [رَحِمَهُ اللَّهُ] يقتل بالسيف . وقال المَرْوَزي [١٠] : يتخذ له آلة على هيئة الذكر فيقتل بها كما قتل ويوجر الماء حتى يموت [١١] .

---

(١) في النسخ الثلاثة (بأن) ، والأقرب للسياق ما أثبته .
(٢) انظر : الحلية (٥٠٣/٧) وعبارته : فإن قطع يده ، فسرى القطع إلى نفسه فمات جاز للولي أن يقطع يده فإن مات منه وإلا قتله .
(٣) في النسخ الثلاثة (بانفاده) ، والصواب ما أثبته .
(٤) فمات منه . والهاشمة : التي تهشم العظم أي تكسره . انظر : طلبة الطلبة ص ٣٣٠ . وجافه أي أحدث له جائفة .
(٥) انظر : الحلية (٤٩٧/٧) وعبارته : فإن جنى عليه جناية لا يجب فيها القصاص كالجائفة وكسر الساعد ففيه قولان أحدهما : أنه يقتل بالسيف . والثاني : أنه يقتص منه في الجائفة وكسر الساعد ، فإن مات وإلا قتل بالسيف .
(٦) أوجره : أي صبه في فيه . انظر : طلبة الطلبة ص ٣٣٢ .
(٧) في ب و ج (رجل خمر) .
(٨) في ب و ج (ميتة) .
(٩) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(١٠) هو إبراهيم بن أحمد ، أبو إسحاق المروزي . نسبة إلى مرو إحدى مدن خراسان . الفقيه الشافعي . كان إمامًا جليلًا غواصًا على المعاني ورعًا زاهدًا ، وهو صاحب أبي العباس ابن سريج . انتهت إليه الرئاسة في العلم ببغداد . شرح مختصر المزني وصنف كتبًا كثيرة ، وعنه وعن أصحابه انتشر الفقه الشافعي في الأقطار . انتقل في آخر عمره إلى مصر وتوفي بها سنة (٣٤٠ هـ) ودفن بالقرب من تربة الإمام الشافعي رضي الله عنه . انظر : طبقات الفقهاء للشيرازي ص١١٢ وطبقات الشافعية للحسيني ص٦٦ ووفيات الأعيان (٢٦/١) .
(١١) انظر : المهذب للشيرازي (١٨٦/٢) حيث قال فيه : وإن قتله باللواط أو بسقي الخمر ففيه وجهان . أحدهما وهو قول أبي إسحاق : أنه إن قتله بسقي الخمر قتله بسقي الماء ، وإن قتله باللواط فعل به مثل ما فعل بخشبة ، لأنه تعذر مثله حقيقة ، ففعل ما هو أشبه بفعله . والثاني : أنه يقتل بالسيف ؛ لأنه قتله بما هو محرم في نفسه ، فاقتص بالسيف كما لو قتله بسحر . اهـ . وقال الماوردي : وحكي عن أبي إسحاق المروزي : أنه يقتل في قتل اللواط بإيلاج خشبة ، وفي سقي الخمر بسقي الخل ، وهذا فاسد ؛ لأنه لما تعذرت المماثلة ؛ لحظرها على الفاعل والمفعول به ، ولم يكن في العدول عنها مماثلة كان السيف أحق . انظر : الحاوي (١٤٠/١٢) . وعند المالكية والحنابلة أيضًا : إن قتله بما لا يحل لعينه مثل أن لاط به فقتله ، أو جرعه خمرًا أو سحره لم يقتل بمثله ، بل يعدل إلى السيف . انظر : بلغة السالك (٣٩٥/٢) والمغني والشرح الكبير (٣٩٠/٩) . وبالنظر =

٢٦٨٦٠ - لنا : حديث النعمان بن بشير [1] [ﷺ] أن النبي ﷺ قال : « لا قود إلا بالسيف » [2] .

٢٦٨٦١ - وروى شداد بن أوس [3] [ﷺ] قال : (قال) [4] رسول الله ﷺ : « إن الله كتب الإحسان على كل شيء ، فإذا قتلتم فأحسنوا (القِتْلَة) [5] ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبْحَة ، وليُحِدَّ أحدُكم شَفْرَتَه [6] ، وليُرِحْ ذبيحته » [7] .

= لما سبق من أقوال الفقهاء يمكن القول بأن الفقهاء اتفقوا على أن القاتل إذا كان قتل بالسيف ، فإن القصاص يستوفي بالسيف . واتفقوا كذلك على أن الولي إذا طلب القود بأخف مما له لم يمنع ، لأنه ترك بعض حقه ، فيجوز أن يعدل إلى السيف لأنه أسرع وأسهل . كما يمكن القول بأن الحنفية والمالكية والحنابلة قد اتفقوا ومعهم الشافعية في وجه على أن القاتل إذا قتل بمحرم مثل السحر والوطء واللواط وإيجار الخمر فإنه لا يقتل به بل يعدل إلى السيف .

(١) سبق ترجمته .

(٢) سبق تخريجه في مسألة ٦ . وفي وجه الاستدلال بالحديث الشريف قال الإمام أبو بكر الجصاص : وهذا الخبر قد حوى معنيين أحدهما : بيان مراد الآية في ذكر القصاص والمثل ، والآخر : أنه ابتداء عموم يحتج به في نفي القود بغيره . انظر : أحكام القرآن للجصاص (٢٠٠/١) . وأجاب الشافعية ومن معهم عن استدلال الحنفية بالحديث من وجهين : أولا : بأن الحديث ضعيف . انظر : معرفة السنن والآثار للبيهقي (٨٠/١٢) وتلخيص الحبير (١٩/٤) . ورد بأن الحديث قد روي من وجوه كثيرة يشهد بعضها لبعض ، فأقل أحواله أن يكون حسنا . انظر : الجوهر النقي لابن التركماني المطبوع في ذيل السنن الكبرى للبيهقي (٦٢/٨) . ثانيا : بأن المراد به إذا قتله بالحديد أو السيف . أنظر الحاوي (١٤٠/١٢) .

(٣) هو شداد بن أوس بن ثابت بن المنذر بن حرام ، أبو يعلى وأبو عبد الرحمن الأنصاري النجاري الخزرجي . من فضلاء الصحابة وعلمائهم . روي عن النبي ﷺ . نزل بيت المقدس ، وتوفي بالشام سنة ٥٨ هـ وقيل سنة ٦٤هـ . انظر : تهذيب الكمال (٣٨٩/١٢) ترجمة ٢٧٠٤ وسير أعلام النبلاء (٤٦٠/٢) ترجمة ٨٩ .

(٤) في ب و ج (فقال) .

(٥) في ج (القتل) .

(٦) الشفْرَة : السكين العظيمة . انظر : طلبة الطلبة ص٢٢٤ .

(٧) رواه الإمام مسلم وأصحاب السنن ، فقد أخرجه الإمام مسلم عن شداد بن أوس ﷺ قال : ثنتان حفظتهما عن رسول الله ﷺ قال : الحديث . ولفظه : فأحسنوا الذبح ، وفي بعض الروايات : الذبحة بكسر الذال وهي الهيئة والحالة . انظر : صحيح مسلم (١٥٤٨/٣) كتاب الصيد والذبائح باب الأمر بإحسان الذبح والقتل وتحديد الشفرة . وأخرجه أبو داود في سننه (١٠٠/٣) كتاب الأضاحي باب النهي أن تصبر البهائم والرفق بالذبيحة برقم ٢٨١٥ . وأخرجه النسائي في سننه (٢٢٧/٧) في كتاب الضحايا باب الأمر بإحداد الشفرة برقم ٤٤٠٥ . والترمذي في سننه (٢٣/٤) كتاب الديات باب ما جاء في النهي عن المثلة برقم ١٤٠٩ . وابن ماجه في سننه (١٠٥٨/٢) كتاب الذبائح باب إذا ذبحتم فأحسنوا الذبح برقم ٣١٧٠ . والدارمي في سننه (٨٢/٢) كتاب الأضاحي باب في حسن الذبيحة برقم ١٩٧١ . والبيهقي في السنن الكبرى (٦٠/٨) . وفي وجه الاستدلال بالحديث قال الطحاوي : فأمر النبي ﷺ أن يحسنوا القتلة ، وأن يريحوا ما أحل الله لهم ذبحه من الأنعام ، فما أحل لهم قتله من بني آدم فهو أحرى أن يفعل به ذلك . وقال أبو بكر =

٢٦٨٦٢ - فإن قيل : هذا في الذبح .

٢٦٨٦٣ - قلنا : بدأ بالقتل ، والذبح لا يسمى قتلًا ، (وإحسان) [١] القتل [اختيار] [٢] أسهله .

٢٦٨٦٤ - وروي عن ابن عباس [٣] [ﷺ] أن النبي ﷺ قال : « لا تعذبوا بعذاب الله أحدًا » [٤] و « لا يعذب بالنار إلا رب النار » [٥] .

٢٦٨٦٥ - ولأنه تعذيب روح على وجه يجوز تركه اعتبر فيه (إحداد) [٦] الآلات

= الجصاص : أوجب عموم لفظه أن من له قتل غيره أن يقتله بأحسن وجوه القتل وأوفاها وأيسرها ، وذلك ينفي تعذيبه والمثلة به . انظر : شرح معاني الآثار (١٨٥/٣) وأحكام القرآن للجصاص (٢٠٠/١) . وقد قال الإمام النووي : قوله ﷺ : « فأحسنوا القتلة » عام في كل قتيل من الذبائح والقتل قصاصًا وفي حد ونحو ذلك ، وهذا الحديث من الأحاديث الجامعة لقواعد الإسلام ، والله أعلم . انظر : شرح صحيح مسلم للنووي (١١٤/١٣) .

(١) في النسخ الثلاثة (اختيار) ، والصواب ما أثبته .

(٢) ما بين المعقوفين ليس في النسخ الثلاثة ، والظاهر أنه ساقط منها ، وقد أثبته ليستقيم الكلام .

(٣) سبق ترجمته .

(٤) أخرجه النسائي عن عكرمة أن ناسا ارتدوا عن الإسلام فحرقهم علي (ﷺ) بالنار . قال ابن عباس (ﷺ): لو كنت أنا لم أحرقهم قال رسول الله ﷺ : « لا تعذبوا بعذاب الله أحدًا » ولو كنت أنا لقتلتهم قال رسول الله ﷺ : « من بدل دينه فاقتلوه » . سنن النسائي (١٠٤/٧) كتاب تحريم الدم باب الحكم في المرتد برقم ٤٠٦٠ . وأخرجه الإمام البخاري بلفظ « لا تعذبوا بعذاب الله » في كتاب استتابة المرتدين والمعاندين وقتالهم ، باب حكم المرتد والمرتدة واستتابتهم . فتح الباري (٢٦٧/١٢) .

(٥) أخرجه الإمام أبو داود عن حمزة الأسلمي عن أبيه أن رسول الله ﷺ أمره على سرية ، قال : فخرجت فيها . وقال : « إن وجدتم فلانا فأحرقوه بالنار » فوليت ، فناداني فرجعت إليه ، فقال : « إن وجدتم فلانا فاقتلوه ولا تحرقوه ، فإنه لا يعذب بالنار إلا رب النار » . سنن أبي داود (٥٤/٣) كتاب الجهاد باب في كراهية حرق العدو بالنار برقم ٢٦٧٣ ، كما أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد (٣٨٠/٦) كتاب الحدود والديات باب النهي عن التعذيب بالنار برقم ١٠٥٠٨ . والزيلعي في نصب الراية (٤٠٨/٣) . وأجاب الشافعية ومن معهم على الاستدلال بالحديثين السابقين بأنه وارد في غير القصاص ، لأنه ظاهر في العذاب على الكفر والمعاصي لا القصاص ، فلا يحل أن يحرق أحد بالنار ابتداء ، أما إذا حرق أحد شخصا بالنار وجب القصاص عليه بمثل ما فعل كما أمره الله عز وجل . انظر : الحاوي للماوردي (١٤٠/١٢) والذخيرة (٣٥٠/١٢) والمغني والشرح الكبير (٣٩١/٩) .

(٦) هذا وقد استدل الحنفية أيضًا على قولهم بنهي النبي ﷺ عن المثلة ، فقد أخرج الإمام الطحاوي عن المغيرة بن شعبة ﷺ أن النبي ﷺ نهى عن المثلة . وقال سمرة ابن جندب ﷺ : ما خطبنا رسول الله ﷺ إلا أمرنا بالصدقة ونهانا عن المثلة . انظر : شرح معاني الآثار (١٨٣/٣) قال الإمام أبو بكر الجصاص : وهذا خبر ثابت قد تلقاه الفقهاء بالقبول واستعملوه ، وذلك يمنع المثلة بالقاتل ، وقول مخالفنا فيه المثلة به ، وهو ينفي

مع القدرة كالذكاة ، ولا يلزم الرجم وقتل المرتد ، لأن ذلك قتل واجب لا يجوز تركه . ولا يلزم قتل الحشرات ، لأنه قد يجوز تركه ، وقد يجب إذا لم يؤمن ضررها ، ولا يلزم الصيد ، لأنه غير مقدور عليه ، فلم تتعين فيه الآلة .

٢٦٨٦٦ - فإن قيل : البهيمة تذبح لتؤكل ، فاعتبر فيها الأسهل [١] .

٢٦٨٦٧ - قلنا : الأسهل ضرب العنق ، وذلك غير ممكن فيها ، لأنه لا (يؤمن) [٢] أن يموت قبل قطع العروق .

٢٦٨٦٨ - فإن قيل : لما تعين الرأس في [الذكاة] [٣] ولم يجز الإبانة في النار دل على اختلافهما [٤] .

٢٦٨٦٩ - قلنا : قد تساويا في اعتبار أوجز الآلات وإن اختلفا ، في القصاص [اعتبر] [٥] أسهل الفعلين [وهو] [٦] ضرب العنق ، فلم يمكن ذلك في الذكاة ، فعدلنا إلى الذبح وهو أشق .

٢٦٨٧٠ - ولأنه قصاص ؛ فلا يستوفي بغير السيف ، أصله : إذا قتل بالسيف [٧] .

٢٦٨٧١ - (فإن عَكَسُوا فقالوا : فاختص بالآلة التي قتل بها ، انتقض بمن أوجر غيره الخمر حتى مات [٨] .

= عن مراد الآية في إيجاب القصاص واستيفاء المثل ، فوجب أن يكون القصاص مقصورا على وجه لا يوجب المثلة ، ويستعمل الآية على وجه لا يخالف معنى الخبر . انظر : أحكام القرآن للجصاص (٢٠١/١) . وقد أجاب الإمام الخطابي عن ذلك فقال : وقد احتج بعض من لا يرى اعتبار المماثلة بنهي النبي ﷺ عن المثلة ، وهذه معارضة لا يصح ، لأن النهي عن المثلة إنما هو في ابتداء العقوبة بها ، فأما القصاص فلا يتعلق بالمثلة ، ألا ترى أن من جدع أذنا أو فقأ عينا من كفء له اقتص منه ، ولم يكن ذلك مثلة انظر : معالم السنن (١٥/٤) .

(١) في النسخ الثلاثة (حتى) ، والصواب ما أثبته .

(٢) في ب و ج (يأمن) . (٣) في النسخ الثلاثة (القصاص) ، والصواب ما أثبته .

(٤) انظر : الحاوي للماوردي (١٤٠/١٢) وعبارته : وأما قياسه على الذبائح مع فساده برجم الزاني المحصن فالمعنى فيه أن المماثلة معتبرة فيه ، وأن محل الذبح معين ، فجاز أن تكون الآلة معينة ، ولما اعتبرت المماثلة بمحل الجناية اعتبرت بمثل آلتها .

(٥) ما بين القوسين ليست في النسخ الثلاثة ، ولعله ساقط منها ، وقد أثبتناه ليستقيم الكلام .

(٦) في النسخ الثلاثة (وقد) ، والصواب ما أثبتناه .

(٧) وقياس الحنفية على القتل بالسيف أجاب عنه الشيرازي بأنه قياس مع الفارق فقال : لأنه هناك إذا قتله بغيره زاد على حقه ، وهنا يستوفي مثل حقه . انظر : النكت ورقة أ ٢٥٨ .

(٨) وقد رد الشافعية على هذا النقض ، قال الشيرازي : وسقى الخمر واللواط محرم بالشرع ، فلم يعتبر فيه =

٢٦٨٧٢ - ولأنه قتل حالة القدرة فلم يجب بالنار ، أصله إذا قتل بالسيف) (١) وقتل الزاني والمرتد (٢) .

٢٦٨٧٣ - ولأنه لا يخلو إما أن يعتبر أوجز الآلات أو يعتبر الآلة التي قتل بها ، (ولا يجوز اعتبار الآلة التي قتل بها) (٣) لاتفاقهم أنه لا يقتل بالوطء وسقي الخمر ، فلم يبق [إلا اعتبار] (٤) الموجز .

٢٦٨٧٤ - فإن قالوا : يقتل (بآلة) (٥) مثلها ويوجر [الماء] (٦) في عدول عن المماثلة (٧) . وهو خلاف الإجماع (٨) .

٢٦٨٧٥ - فإن قيل : هذا الفعل محرم (لحق الله تعالى (فلذلك) (٩) لا يقتل به ، والقتل (بالمثلة) (١٠) (ممنوع) (١١) منه (لحق) (١٢) الآدمي ، فإن قتل به فقد أسقط حق نفسه (١٣) .

= المماثلة ، والقتل بالنار محرم لحرمة القاتل ، وقد أسقط حرمته بالقتل ، ولهذا قالوا فيمن أتلف على نصراني خمرًا لا يضمن مثله . انظر : النكت ورقة ب ٢٥٧ . وقد أجاب الحنفية عن هذا . قال أبو بكر الجصاص : فإن قيل : لأن شرب الخمر معصية ، قيل له : كذلك المثلة معصية ، والله أعلم . انظر : أحكام القرآن للجصاص (٢٠٢/١) .

(١) من قوله : فإن عكسوا - إلى آخر قوله - إذا قتل بالسيف ، كله ساقط من ب و ج .

(٢) وقياس الحنفية على قتل الزاني والمرتد أجيب عنه بأن تلك حدود فاعتبر فيها الشرع ، وهذا مجازاة ومقابلة الشيء على المماثلة ، فاعتبر بفعل الجاني . انظر : النكت للشيرازي ورقة ب ٢٥٧ .

(٣) في ب و ج (انتقض بمن أوجر غيره الخمر ولأنه لا يخلو) .

(٤) في النسخ الثلاثة (الاعتبار) . والصواب ما أثبتناه .

(٥) في ب و ج (بالآلة) .

(٦) في النسخ الثلاثة (الملحان) وهي كلمة غير مفهومة ، والصواب ما أثبته لموافقته لما جاء عن أبي إسحاق المروزى من الشافعية .

(٧) انظر : المهذب للشيرازي (١٨٦/٢) .

(٨) أي الإجماع على عدم القتل باللواط وغيره ، بل يعدل إلى السيف بضرب العنق . وهذا باتفاق المذاهب الأربعة ، إلا أن أبي إسحاق المروزى روي عنه أنه إن قتل باللواط يقتل بآلة مثل آلة الذكر ، وإن قتل بإيجار الخمر يقتل بإيجار الماء حتى يموت . وقد سبق بيان ذلك في أول المسألة .

(٩) كذا في أ ، وهو ساقط من ج ، وفي ب (فكذلك) .

(١٠) ساقط من ب و ج .

(١١) كذا في أ ، وفي ب (مجموع) ، وهو ساقط من ج .

(١٢) كذا في أ ، وفي ب (بحق) وهو ساقط من ج .

(١٣) قوله : لحق الله تعالى - إلى آخر قوله - من القتل بالنار ، كله ساقط من ج . هذا وقد استدل الشافعية

٢٦٨٧٦ - قلنا : المنع من القتل بالنار) لحق الله تعالى ولحق الآدمي ، فإذا أسقط حق نفسه بقي حق الله تعالى فمنع منه .

٢٦٨٧٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلْمُتَّقِينَ ﴾ .

٢٦٨٧٨ - قلنا : هذا يقتضي الجناية من الأطراف ، لأنه أمر (من) [(١)] [وقع][(٢)] الاعتداء عليه (بالفعل) [(٣)] ، [هذا] [(٤)] إنما يكون مع بقاء النفس ، والمراد بقوله : « بمثل ما اعتدى عليكم » أي وجب باعتدائه ، وقد اختلفنا في الواجب بهذا الفعل ، ولأن مخالفنا يوجب أكثر من المثل ، (لأنه) [(٥)] يقول : من غرق رجلًا غرقناه ، فإن مات وإلا قتلناه بالسيف [(٦)] . وهذا أكثر مما فعل .

٢٦٨٧٩ - احتجوا : بقوله (تعالى) [(٧)] : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ﴾ ،

= ومن معهم أيضًا بظواهر النصوص مثل قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ ۖ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّٰبِرِينَ ﴾ سورة النحل الآية رقم ١٢٦ . انظر : المهذب (١٨٦/٢) والحاوي (١٣٩/١٢) والذخيرة (٣٥٠/١٢) قال الإمام القرطبي في تفسير آية سورة النحل : في هذه الآية دليل على جواز التماثل في القصاص ، فمن قتل بحديدة قتل بها ، ومن قتل بحجر قتل به ، ولا يتعدى قدر الواجب . انظر : أحكام القرآن للقرطبي (٢٠٢/١٠) . وأجاب الحنفية عن الاستدلال بالآية الكريمة من سورة النحل فقالوا : المراد بما تلا نفي الزيادة من جهة ، على ما روي عن ابن عباس وأبي هريرة ﷺ أنه لما قتل حمزة ومثل به قال رسول الله ﷺ : « لئن ظفرت بهم لأمثلن بسبعين رجلًا منهم » فانزل الله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ ۖ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّٰبِرِينَ ﴾ الآية . فقال رسول الله ﷺ : « بل نصبر » فصبر وكفر عن يمينه . وهذه مثلة أيضًا وهي منسوخة . انظر : شرح معاني الآثار للطحاوي (١٨٣/٣) تبيين الحقائق للزيلعي (١٠٦/٦) .

(١) في ب (في) ولعله تحريف .

(٢) في النسخ الثلاثة (رفع) . والصواب ما أثبته .

(٣) كذا في النسخ الثلاثة .

(٤) في النسخ الثلاثة (هنا) والأصوب ما أثبتناه .

(٥) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٦) ما نقله الإمام القدوري رحمه الله عن الإمام الشافعي رحمه الله إنما هو أصح الوجهين عند الشافعية . قال الخطيب الشربيني : وفي قول السيف يقتل به ، وهذا هو الأصح كما نص عليه في الأم والمختصر . وقال القاضي حسين : إن الشافعي لم يقل بخلافه ، ولم يختلف مذهب الشافعي فيه . وجرى عليه جمع من الأصحاب وصوبه البلقيني وغيره . لأن المماثلة قد حصلت ولم يبق إلا تفويت الروح فيجب تفويتها بالأسهل . والوجه الثاني : إن لم يمت من ذلك الجنس زيد فيه حتى يموت ، ليكون قتله بالطريق الذي قتل به ، ولا يبالي بزيادة الإيلام والتعذيب ، كما لو ضرب رقبة إنسان بضربة واحدة ، فلم تنحز رقبته إلا بضربتين . انظر : مغني المحتاج (٤٥/٤) .

(٧) ما بين القوسين ساقط من ب و ج . ووجه الاستدلال أن القصاص يقتضي المماثلة . انظر : بداية المجتهد (٤٠٤/٢) .وقد أجاب الحنفية عن استدلال الشافعية ومن معهم بالآية الكريمة فقال أبو بكر الجصاص : لما =

والقصاص المماثلة .

٢٦٨٨٠ - [قلنا : المماثلة] [(١)] تعتبر في المتلف ، فأما في الآلة فلا ، ولأن مخالفنا يوجب أكثر من (المثل) [(٢)] ، لأنه يقول : إذا ضربه بخشبة (فمات) [(٣)] ضربته بها ، فإن مات وإلا قتلته [(٤)] . وهذا زيادة على المماثلة .

٢٦٨٨١ - قالوا : روي البَرَاء بن عازب [(٥)] [ﷺ] عن النبي ﷺ أنه قال : « من غرق غرقناه ، ومن حرق حرقناه » [(٦)] .

٢٦٨٨٢ - قلنا : هذا لم يثبت عن رسول الله ﷺ ، وإنما روي في خطبة زياد [(٧)]

= كان في مفهوم قوله : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ﴾ وقوله : ﴿ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ استيفاء المثل من غير زيادة عليه ، كان محظورا على الولي استيفاء زيادة على فعل الجاني ، ومتى استوفى على مذهب من ذكرنا في الحريق والتغريق والرضخ بالحجارة والحبس أدى ذلك إلى أن يفعل بالجاني أكثر مما فعل ، لأنه إذا لم يمت بمثل ذلك قتله بالسيف أو زاد على جنس فعله ، وذلك هو الاعتداء الذي زجر الله عنه بقوله : ﴿ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ . انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٩٨/١) . وعلى هذا يمكن القول إن الشافعية ومن معهم قد استدلوا بنصوص من القرآن الكريم ، وقد رد الحنفية على ذلك بأن ما ذهب إليه الشافعية يؤدى إلى أن يفعل بالقاتل أكثر مما فعل بالمقتول وهو يخالف معنى القصاص الذي هو المماثلة .

(١) ما بين المعقوفين ليس في النسخ الثلاثة ، والظاهر سقوطه ، لأن ما بعده جواب الإمام القدوري عن دليل الشافعية .

(٢) كذا في ج ، وفي أ و ب (ثمن المثل) .

(٣) كذا في أ ، وفي ب و ج (مات) .

(٤) ما نقله الإمام القدوري رحمه الله عن الإمام الشافعي رحمه الله إنما هو أحد قولين له . فقد قال الماوردي في الحاوي (١٤٢/١٢) ما نصه : وهكذا لو كان قد ضربه بعصا حتى مات ضرب بمثلها وبمثل عددها ، فإن ضربه ذلك العدد فلم يمت كان على قولين . أحدهما : يوالى عليه الضرب حتى يموت . والثاني : يعدل إلى قتله بالسيف .

(٥) هو البراء بن عازب بن الحارث بن عدي الأنصاري الأوسي ، أبو عمارة ، ويقال : أبو عمرو ويقال : أبو الطفيل المدني . صاحب رسول الله ﷺ . استصغره النبي ﷺ يوم بدر فرده ، وأول مشاهده أحد ، وقيل الخندق . وغزا مع رسو الله ﷺ أربع عشرة غزوة . نزل الكوفة وتوفي بها سنة (٧٢ هـ) . انظر : تهذيب الكمال (٣٤/٤) ترجمة ٦٥٠ ، وأسد الغابة (٢٠٥/١) ترجمة ٣٨٩ ، وثقات ابن حبان (٢٦/٣) .

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٤٣/٨) . وأخرج البيهقي في السنن الصغير (٣١٣/٣) برقم ٣٢٨٧ .

(٧) هو زياد ابن سمية وهي أمه . قيل : هو زياد بن أبي سفيان صخر بن حرب ، وهو المعروف بزياد بن أبيه ، وهو الذي استلحقه معاوية رضي الله عنه . وكان يقال قبل أن يستلحقه : زياد بن عبيد الثقفي ، يكنى أبا المغيرة . ولد عام الهجرة ، وليست له صحبة ولا رواية . كان من دهاة العرب والخطباء الفصحاء . وكان عظيم السياسة ضابطًا لما يتولاه ، استعمله عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب ومعاوية رضي الله عنه . توفي سنة ٥٣هـ . انظر : أسد الغابة (٢٧٢/٢) ترجمة ١٨٠٠ وشذرات الذهب (٥٩/١) والعبر للذهبي (٤١/١) .

حين قال : « أعلم ذنوبا لا نعرفها ، (وسنتخذن) [١] لها عقوبة لمن يعرفونها ، من (غرق غرقناه) [٢] ، ومن حرق حرقناه » [٣] .

٢٦٨٨٣ – ولأن هذا الخبر يقبل إباحة التحريق ، وقوله [ﷺ] [٤] : « لا تعذبوا بعذاب الله » [٥] يقبل الحظر ، فالذي يقبل الحظر أولى .

٢٦٨٨٤ – ويحتمل أن يكون المراد بمن غرّقَ فعلنا به جزاء الغريق ، كقوله تعالى : ﴿ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثۡلُهَاۖ ﴾ وقال : ﴿ وَمَن جَآءَ بِٱلسَّيِّئَةِ فَلَا يُجۡزَىٰٓ إِلَّا مِثۡلَهَا ﴾ [٦] .

٢٦٨٨٥ – قالوا : روي أن يهوديا رضخ رأس جارية من الأنصار بين حجرين ، فأمر رسول الله ﷺ أن يرضخ رأسه بين حجرين [٧] .

٢٦٨٨٦ – قلنا : لم يقتله قصاصًا ، وإنما قتله لأنه سعى في الأرض بالفساد ، بدلالة أنه روي (أنها) [٨] سئلت وقيل : أفلان قتلك ، فأشارت برأسها لا ، فقيل : أفلان قتلك ، فأشارت نعم [٩] . وهذا يدل أنه عدد عليها من عادته أن يفسد ثم قتل ، ولم ينقل مطالبة ورثتها ، فهذا يدل على أنه قتل على وجه الحد ، والقتل بالحد يجوز أن يقع

---

(١) كذا في أ ، وفي ب و ج (وسنجدن) .

(٢) ما بين القوسين في النسخ الثلاثة (عرب وعن قتادة) . والصواب ما أثبتناه .

(٣) جاء في خطبة زياد حين وُلّي البصرة : « وإياي ودعوى الجاهلية ، فإني لا أجد أحدًا دعا بها إلا قطعت لسانه ، وقد أحدثتم أحداثا لم تكن ، وقد أحدثنا لكل ذنب عقوبة ، فمن غرق قوما غرقناه ، ومن أحرق قوما أحرقناه ، ومن نقب بيتًا نقبنا عن قلبه ، ومن نبش قبرا دفناه حيا فيه ، فكفوا عني أيديكم وألسنتكم أكفف عنكم يدي ولساني . . . إلخ » . انظر : جمهرة خطباء العرب (٢٧٢/٢) لأحمد زكي صفوت مطبعة الحلبي الطبعة الثانية ١٩٦٢م والبيان والتبيين للجاحظ (٤٨/٢) تحقيق وشرح حسن الشندوبي المطبعة الرحمانية بمصر ط ١٩٣٢م والكامل لابن الأثير (٤٤٩/٣) .

(٤) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة .

(٥) سبق تخريجه قال القرطبي : وسمى الجزاء سيئة لأنه في مقابلتها ، فالأول ساء هذا في مال أو بدن ، وهذا الاقتصاص يسوئه بمثل ذلك أيضًا . انظر : أحكام القرآن للقرطبي (٤٠/١٦) .

(٦) الآية رقم ١٦٠ من سورة الأنعام .

(٧) رواه الجماعة ، وقد سبق تخريجه في ص ١٣٣ مسألة ٦ قال الإمام الخطابي : وفيه دليل على جواز اعتبار القتل ، فيقتص من القاتل بمثل فعله . انظر : معالم السنن (١٤/٤) .

(٨) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٩) متفق عليه أخرجه الإمام البخاري في صحيحه (٢٥٢٢/٦) كتاب الديات باب من أقاد بالحجر برقم ٦٤٨٥ . والإمام مسلم في صحيحه (١٢٩٩/٣/ ٣٠٠) في كتاب القسامة باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره برقم ١٦٧٢ .

بالحجر كالرجم [(١)] .

٢٦٨٨٧ - قالوا : [آلة تجوز] [(٢)] مقابلة الغرق بها ، فجاز استيفاء القصاص كالسيف .

٢٦٨٨٨ - قلنا : [قتل] [(٣)] (الغرق) [(٤)] لا يتخصص بآلة ، لأن المقصود (أنه) [(٥)] آلة الترك ، فعلى وجه يكون ذلك فعل ، ولأن قتل الحربي يقع وهو غير مقدور عليه ، والقصاص يحصل في مقدور على قتله ، وفرق بين الأمرين ، بدلالة أن الذكاة تعين فيها من الشرائط ما لا يتعين في زمن الصيد .

٢٦٨٨٩ - لأن الذبح يقع في المقدور ، والرمي يقع في غير مقدور ، والمعنى في السيف أن القتل لو حصل بغيره جاز أن يستوفي القصاص [به] [(٦)] ، وليس كذلك النار ، لأن القتل لو حصل بغيرها لم يجز [أن يستوفي القصاص بها .

٢٦٨٩٠ - قالوا : آلة يجوز] [(٧)] استيفاء الحد بها ، فجاز أن يستوفي بها

---

(١) وقد أجاب الحنفية على الاستدلال بحديث أنس ﷺ بأن ما رواه يحتمل وجهين : إما أن يكون مشروعا ثم نسخ كما نسخت المثلة ، أو يكون اليهودي ساعيًا في الأرض بالفساد فيقتل كما يراه الإمام ليكون أردع ، وهذا هو الظاهر ، ولأن قصد اليهودي كان أخذ المال ، ألا ترى إلى ما يروى عن أنس ﷺ أنه قال عدا يهودي على جارية فأخذ أوضاحًا كانت عليها . الحديث . وهذا شأن قطاع الطريق وهو يقتل بأي شيء شاء الإمام . ويؤيد هذا المعنى أنه عليه الصلاة والسلام قتل اليهودي بخلاف ما كان قتل به الجارية ، فإنه روي أبو قلابة عن انس أن رجلًا من اليهود رضخ رأس جارية على حلي لها فأمر النبي ﷺ أن يرجم حتى قتل . وأيضا فإنه ما قتل إلا بقول الجارية أنه قتلني ، وبمثله لا يجب القصاص ، فعلم بذلك أنه كان مشهورا بالسعي في الأرض بالفساد . انظر : أحكام القرآن للجصاص (١/ ٢٠١) وشرح معاني الآثار (٣/ ١٨١) وتبيين الحقائق (٦/ ١٠٦) وأجاب القرافي عن قول الحنفية بأن اليهودي قتل حرابة لسعيه في الأرض بالفساد ، بأن المحارب لا يقتل بالحجارة إجماعا ، فكيف جاز لكم ترك إجماع الأمة لما لم يصح ومعنا ظاهر القرآن قوله تعالى : ﴿ فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ انظر : الذخيرة للقرافي (١٢/ ٣٥٠) . وقال الإمام الشوكاني : وأما حديث أنس المذكور في الباب ، فقد أجيب عنه بأنه فعل لا ظاهر له ، فلا يعارض ما ثبت من الأقوال في الأمر بإحسان القتلة والنهي عن المثلة وحصر القود في السيف . انظر : نيل الأوطار (٧/ ٢٠)

(٢) في النسخ الثلاثة (لو يجوزه) ما أثبتناه أقرب للسياق . (٣) في النسخ الثلاثة (قتال) ، والصواب ما أثبتناه .

(٤) كذا في ب ، وفي أ و ج (الفرق) . (٥) ساقط من ب و ج .

(٦) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة ، والسياق يقتضيه .

(٧) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة ، والظاهر أنه سقط منها ، وقد أثبتناه ليستقيم الكلام . قال الماوردي في الحاوي (١٢/ ١٤٠) : ولأن القتل مستحق لله تعالى تارة وللآدميين تارة ، فلما تنوع في حق الله تعالى نوعين بالحديد تارة وبالمثقل في رجم الزاني المحصن ، وجب أن يتنوع في حقوق الآدميين بمثقل وغير مثقل . وتحريره قياسا : أحد القتلين فوجب أن يتنوع استيفاءه نوعين كالقتل في حقوق الله تعالى .

القصاص كالسيف .

٢٦٨٩١ - قلنا : الحد أخص بالآلات من القصاص ، بدلالة أن الآلة التي شرع الحد بها لا يجوز (أن) [1] يستوفي بغيرها ، والآلة التي قتل بها يجوز القتل بغيرها باتفاق ، والمعنى في السيف ما (قدمناه) [2] .

٢٦٨٩٢ - قالوا : المقصود بالقصاص المماثلة ، فيجب أن يفعل بالفاعل مثل فعله [3] .

٢٦٨٩٣ - قلنا : المماثلة معتبرة في التلف ، فأما في الآلة التي أتلف بها فلا تعتبر ، ولأن ما يقول مخالفنا يؤدى إلى (فوق) [4] المماثلة ، لأنه يقول فيمن ضرب بحجر فمات : فضرب بمثله ، فإن مات وإلا قتل بالسيف [5] .

٢٦٨٩٤ - قالوا : لا يخلو أن تعتبر المماثلة في الآلة أو يعتبر الأسهل والأزجر ، ولو اعتبر الأسهل لذبح ، فلما لم يذبح علم أن المقصود المماثلة .

٢٦٨٩٥ - قلنا : المعتبر عندنا الأيسر ، وضرب العنق أسهل إلا أنه لم يستعمل في الذكاة حتى لا تخرج الروح قبل قطع العروق ، وهذا لا يمنع القصاص ، فلذلك اقتص به .

* * *

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج . (٢) كذا في ب و ج ، وفي أ (قدمنا) .

(٣) انظر : الحاوي للماوردي (١٢/١٤٠) وعبارته : ولأن القصاص موضوع للمماثلة ، وهي معتبرة في النفس ، فكان أولى أن تعتبر في آلة القتل .

(٤) في ب (قول) وفي ج (فول) . وما أثبته من أ .

(٥) ما ذكره الإمام القدوري رحمه الله عن الإمام الشافعي رحمه الله إنما هو أحد قولين عنه . أحدهما : أنه يكرر عليه ذلك الفعل حتى يموت . والثاني : أنه يعدل إلى السيف . انظر : الحلية للقفال الشاشي (٧/٤٩٦) .

حكم القصاص من اليد الناقصة بالكاملة

٢٦٨٩٦ - قال أصحابنا رحمهم الله : إذا قطع يد رجل وكف القاطع (أربع) [2] أصابع ؛ فالمجني عليه بالخيار : إن شاء قطع يده ولا شيء له ، وإن شاء أخذ نصف الدية [3] .

٢٦٨٩٧ - وقال الشافعي رحمه الله : له أن يقطع اليد ويأخذ أرش (كل) [4] أصبع عشرة من الإبل [5] .

٢٦٨٩٨ - لنا : أنه قطع المفصل من الموضع الذي وجب قطعه ، إلا أن الجملة ناقصة ، فلم يكن له مع القطع أرش ، أصله : إذا كانت يد القاطع

(١) مكانها بياض في ب .　　(٢) كذا في ب و ج ، وفي أ (أربعة) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (١٤٤/٢٦) . قال الإمام السرخسي : ومن قطع يد إنسان ويد القاطع ناقصة بإصبع ؛ يتخير المقطوعة يده لعجزه عن استيفاء حقه بصفة الكمال ، فإن شاء أخذ الأرش ، وإن شاء قطع ما بقي ولا شيء له سوى ذلك عندنا . وقال الإمام الكاساني : لأن حقه في المثل وهو السليم ، ولا يمكنه استيفاء حقه من كل وجه مع فوات صفة السلامة ، وأمكنه الاستيفاء من وجه ، ولا سبيل إلى إلزام الاستيفاء حتمًا لما به من إلزام استيفاء حقه ناقصًا ، وهذا لا يجوز ، فيخير : إن شاء رضي بقدر حقه واستوفاه ناقصًا ، وإن شاء إلى بدل حقه وهو كمال الأرش ، كمن أتلف على إنسان شيئا له مثل والمتلف جيد ، فانقطع عن أيدي الناس ولم يبق منه إلا الرديء ، أن صاحب الحق يكون بالخيار : إن شاء أخذ الموجود ناقصا ، وإن شاء عدل إلى قيمة الجيد لما قلنا ، كذا هذا . انظر : البدائع ٧٢٩٨ . ومما سبق يتبين أن مذهب الحنفية هو أنه ليس للمجني عليه أن ينتقص من الناقص ويأخذ أرش الإصبع الناقصة . وهذا هو مذهب المالكية . جاء في التاج والإكليل (٢٤٩/٦) ما نصه : وتقطع اليد أو الرجل الناقصة إصبعًا بالكاملة بلا غرم على الجاني ولا خيار للمجني عليه في نقص الإصبع ، بل يتعين قطع الناقصة بالكاملة . وانظر كذلك : حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢٥٤/٤) . وما ذهب إليه الحنفية والمالكية هو وجه عند الحنابلة . قال ابن قدامة : ويجوز أخذ الناقصة بالكاملة ؛ لأنها دون حقه ، وهل له أخذ دية الأصابع الناقصة ، على وجهين . أحدهما : له ذلك ، وهو قول الشافعي واختيار ابن حامد . والثاني : ليس له مع القصاص أرش ، وهو مذهب أبي حنيفة وقياس قول أبي بكر ، لئلا يفضي إلى الجمع بين قصاص ودية في عضو واحد . انظر : المغني مع الشرح الكبير (٤٥٤/٩) وكذلك المبدع (٣١٦/٨) .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٥) انظر : مختصر المزني مع الأم (٣٤٨/٨) وعبارته : فإن كان قاطع اليد ناقصًا إصبعًا ؛ قطعت يده وأخذ منه أرش إصبع . وقال الشيرازي في توجيه هذا الرأي : لأنه وجد بعض حقه وعدم البعض ، فأخذ الموجود وانتقل في المعدوم إلى البدل كما لو قطع عضوين ووجد أحدهما . انظر : المهذب (١٨١/٢) . ورأي الشافعية هذا هو وجه عند الحنابلة كما تقدم .

شلاء[(١)] فاختار قطعها .

٢٦٨٩٩ - ولأن حقه في قطع الزند دون الأصابع لم يكن له ذلك ، فإذا قطع الزند ؛ فقد أخذ حقه مع نقصان صفته ، فصار كمن قطع اليد الشلاء ، وكمن أخذ عشر ديته فعفا وهو يعلم .

٢٦٩٠٠ - فإن قيل : الشلاء كاملة الأصابع ناقصة الصفة ، (فتصير) [(٢)] (كقفيز)[(٣)] رديء بدل قفيز جيد ، وفي مسألتنا [ناقصة] [(٤)] في القدر فتصير (كمن)[(٥)] له قفيز فأخذ بعضه [(٦)] .

٢٦٩٠١ - قلنا : الأصابع لا حق له فيها [(٧)] ، وإنما هي صفة لليد التي هي (حقه)[(٨)] ، فهي كالشلاء التي هي صفة .

٢٦٩٠٢ - ولأنها جملة تعلق القصاص بها ، فإذا نقصت عن المستحق لم يكن له أخذها مع الأرش ، كمن قطع يد رجل ثم قتله وليس للقاطع يد ، ليس له أن يقتله ويأخذ (الأرش) [(٩)] ، ولو كانت موجودة ثبت له قطعها .

٢٦٩٠٣ - فإن قيل : اليد ليست مقصودة في الأرش مع جملة اليد [(١٠)]

٢٦٩٠٤ - احتجوا : بأن الأصابع مقصودة بالقصاص ، وكل طرف مقصود (بالقصاص) [(١١)] إذا وجب القصاص فيه عند وجوده ؛ وجب الأرش عند عدمه ، أصله : قطع أصبعين وله أصبع واحد .

---

(١) اليد الشلاء : هي المنتشرة العصب التي لا تواتي صاحبها على ما يريد لما بها من الآفة . انظر : لسان العرب (٢٣١٦/٣) مادة شلل .

(٢) في ب و ج (فتعتبر) .

(٣) في ب (لقفيز) .

(٤) في النسخ الثلاثة (غير ناقصة) ولعل الصواب ما أثبته نظرًا للسياق .

(٥) في أ (لمن) . وما أثبته من ب و ج وهو الصواب .

(٦) وقال الماوردي : أما اعتباره بالشلل فلا يصح ؛ لأن الشلاء تامة الأصابع ناقصة المنافع ، وهذه ناقصة الأصابع والمنافع فافترقا . انظر : الحاوي (١٦١/١٢) .

(٧) جواب الإمام القدوري هذا يلزم الشافعية ؛ لأن عندهم : لو قطع كفه من الكوع وكف الجاني والمجني عليه كاملتان ؛ فليس له ترك الكف والتقاط أصابعه ، لأنه قادر على محل الجناية ، ومهما أمكنه المماثلة لا يعدل عنها بل لو طلب قطع أنملة واحدة لم يمكن من ذلك . انظر : مغني المحتاج (٢٨/٤) .

(٨) في ب و ج (حق) .

(٩) في ب (أرش) وفي ج (أرشا) .

(١٠) الظاهر سقوط جواب الإمام القدوري عن اعتراض الشافعية هذه من النسخ الثلاثة .

(١١) في النسخ الثلاثة (بالقصاص والطرف) . والصواب ما أثبته .

٢٦٩٠٥ - قلنا : لا نسلم في مسألتنا أن الأصابع مقصودة بالقصاص بدلالة أنه ليس (له) [١] أن (يُفردها) [٢] بالإتلاف ، كما أن من ثبت له القصاص في النفس ليس له أن يُفرد اليد بالقطع ، والمعنى في قاطع الإصبعين : أن القصاص ثبت له في كل أصبع على حالها ، فإذا عدمت أحدهما وجب أرشهما .

٢٦٩٠٦ - وفي مسألتنا لم يثبت له حق في الأصابع نفسها ، وإنما ثبت له إتلاف الجملة ، وتتلف الأصابع بتلفها ، كأن في يد القاطع ست أصابع تقطع ؛ لأن حقه في الزند [٣] ، قلنا : كذلك نقول ، لأن الإصبع الزائدة تغير في الكف كالشلل [٤] .

* * *

(١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج . (٢) كذا في ب و ج ، وفي أ (ينفرد) .

(٣) أي تقطع كف من له ست أصابع بيد فيه خمس أصابع . ولكن يرى الشافعية أن يد من له ست أصابع لا تقطع بيد فيه خمس أصابع لزيادة أصبع القاطع على أصبع المقطوع .

(٤) في أ (كالشلول) وفي ب و ج (كالبلول) ، والصواب ما أثبته ، لأن المصدر من فعل شَلَّت يده تَشَلُّ يكون شَلًّا وشَلَلًا . انظر : لسان العرب (٢٣١٦/٣) مادة شلل .

مسألة (١) ١٣٢٢

حكم ما إذا قطع اصبعا وتلفت اخرى إلى جنبها

٢٦٩٠٧ - قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : إذا قطع أصبعًا و (تلفت)(٢) أخرى إلى جنبها من القطع ؛ فلا قصاص في الأولى .

٢٦٩٠٨ - وقال محمد رحمه الله : يجب القصاص في الأولى (٣) .

٢٦٩٠٩ - وبه قال الشافعي (٤) رحمه الله .

---

(١) مكانها بياض في ب . (٢) في ب (تلف) ج (أتلف) .

(٣) وبالرجوع إلى مصادر الفقه الحنفي يتضح لنا أن قول الإمام أبي يوسف رحمه الله في هذه المسألة موافق لقول محمد بن الحسن وليس موافقًا لقول الإمام أبي حنيفة كما ذكره الإمام القدوري ، فلعل ما ذكره الإمام القدوري سهو . وإليك نص محمد بن الحسن في كتاب الأصل (٤٦٨/٤) قال : وإذا قطع الرجل أصبع الرجل فشلت أخرى إلى جنبها ، أو قطع يده اليمنى فشلت يده اليسرى ؛ فإنه لا قصاص في هذا كله وفيه الأرش في مال الفاعل ، من قبل ما حدث فيه من الشلل فقد صار شيئا واحدا بعضه شلل وبعضه قطع ، ولا يقتص فيه ، وهذا قول أبي حنيفة . وفيها قول آخر ، وهو قول أبي يوسف ومحمد : إن القطع مفارق للشلل بائن منه ، فالقطع بالقطع ، وأجعل في الشلل الأرش في مال الفاعل . اهـ . وقال الإمام الطحاوي في مختصره ص ٢٤٦ : ومن قطع أصبع رجل عمدًا فشلّت أصبع أخرى من أصابعه منها ، فإن أبا حنيفة قال : عليه أرش الأصبعين جميعًا ، ولا قصاص عليه في واحد منهما . وقال أبو يوسف ومحمد : يقتص منه من الأصبع التي قطعها خاصة وعليه أرش الأصبع الأخرى . اهـ . انظر : مختصر اختلاف الفقهاء لأبي بكر الجصاص ورقة أ ٢٣٧ ، المبسوط (١٠١/٢٦) والهداية مع البناية (١٧٤/١٠) والبدائع (٣٠٦/٧) . ومما يؤكد هذا : أن الإمام القدوري في مختصره قد اكتفى بذكر رأي الإمام أبي حنيفة رحمه الله فقط ، ولم يذكر رأي الصاحبين . فذكر الشيخ عبد الغني الغنيمي رأي الصاحبين في شرحه فقال : وعندهما عليه القصاص في الأولى والأرش في الأخرى . ثم أضاف : قال الإسبيجابي : والصحيح قول أبي حنيفة ، وعليه مشى البرهاني والنسفي وغيرهما . انظر : اللباب في شرح الكتاب (١٦٠/٣)

(٤) انظر : الحاوي للماوردي (١٦٣/١٢) والنكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٧ وعبارته : إذا قطع أصبع رجل فشلت بجنبها أخرى ؛ وجب عليه القصاص فيما قطع . وقال الخطيب الشربيني : ولو قطع أصبعًا أو أنملة أو نحو ذلك فتآكل أو شل غيرها كأصبع أو كف ، أو أوضحه فذهب شعر رأسه ؛ فلا قصاص في المتآكل والذاهب بالسراية ؛ لعدم تحقق العمدية ، بل فيه الدية أو الحكومة في مال الجاني ؛ لأنه سراية جناية عمد . انظر : مغني المحتاج (٣٠/٤) . وهو قول المالكية . انظر : الكافي ص ٥٩٣ وعبارته : أو قطع أصبعه فشلت منها يده ؛ ففيه القصاص فيما جنى ، والأرش فيما سرى ، ويجتمع عند مالك قود وعقل في عضو واحد وضربة واحدة . وهذا أيضًا هو قول الحنابلة . قال ابن قدامة : فأما إن قطع أصبعًا فشلت إلى جانبها أخرى ؛ وجب القصاص في المقطوعة فحسب ، والأرش في الشلاء . انظر : المغني مع الشرح الكبير (٤٤٥/٩) ومما سبق يتبين لنا أن محل الخلاف هو : هل يجب القصاص في الأصبع الأول .

٢٦٩١٠ - لنا : أن الجناية وسرايتها في النفس (كجناية واحدة) [١] ، بدلالة أن سراية جناية العمد في حكمها ، وسراية الخطأ في حكمه ، وقد وجب المال لسراية هذه الجناية ، فكان موجبها المال كالخطأ [٢] .

٢٦٩١١ - ولا يلزم إذا رمى رجلًا (فَنَفَذَ) [٣] السهم إلى آخر ؛ لأن ذلك ليس بسراية [٤] ، ألا ترى أن السراية تكون في نفس واحدة ولا تكون من نفس إلى أخرى ، فلهذا لو أذن في الأولى لم يسقط ضمان الثانية .

٢٦٩١٢ - ولا يلزم إذا قطع يد امرأة حامل فألقت جنينًا [٥] ، لأن هذا ليس بسراية .

٢٦٩١٣ - ولأنا قلنا : الجناية وسرايتها في النفس بجناية واحدة ، وهذا حصل في نفسين .

٢٦٩١٤ - ولأنه قطع وجب لمقتضاه المال ، فلا يجب به القصاص مع المال في نفس (واحدة) [٦] كالخاطئ والعامد إذا اشتركا [٧] ، وكما لو قطع الأنملة فشل المفصل الثاني من الأصبع [٨] ، وهذا لا شبهة فيه ، لأنه فعل واحد فلا يجب به أرش وقصاص ، فلأن

---

(١) في ب و ج (السراية الواحدة) .

(٢) رُدَّ على هذا الدليل بأنه قياس مع الفارق . قال الإمام ابن قدامة : لأن السراية مقتضية للقصاص كاقتضاء الفعل له فاستوى حكمهما ، وها هنا بخلافه ، ولأن ما ذكره غير صحيح إن القطع إذا سرى إلى النفس سقط القصاص في القطع ووجب في النفس فخالف حكم الجناية حكم السراية فسقط ما قاله . انظر : المغني مع الشرح الكبير (٤٤٥/٩) .

(٣) في ب و ج (فصعد) .

(٤) هذا جواب عن اعتراض الشافعية ومن معهم . انظر : الحاوي للإمام الماوردي (١٦٤/١٢) وعبارته : ولأنه لا يمتنع وجوب القصاص في الجناية وإن انتهت إلى ما لا قصاص فيه ، كمن رمى رجلًا بسهم فنفذ السهم إلى آخر وماتا ؛ وجب القصاص للأول دون الثاني . وانظر أيضًا : البدائع (٣٠٦/٧) .

(٥) هذا جواب عن قياس الشافعية ومن معهم ، انظر : الحاوي للإمام الماوردي (١٦٤/١٢) وعبارته : ولأن كل جناية وجب القصاص فيها مع عدم السراية وجب القصاص فيها مع وجود السراية ، قياسًا على قطع يد الحامل إذا سرى إلى إسقاط حملها . وانظر أيضًا : المغني مع الشرح الكبير (٤٤٥/٩) .

(٦) كذا في ب و ج . وفي أ (واحد) والصواب ما أثبته لأن النفس مؤنث .

(٧) أجاب الإمام الماوردي عن هذا القياس فقال : وأما قياسهم على شريك الخاطئ فالمعنى فيه مع فساده بالسراية إلى الحمل ، هو أن قتل الشريكين حادث بالسراية ، ولم يتميز سراية العمد من سراية الخطأ فسقط القود عنهما بسقوطه عن أحدهما ، وحكم الجناية في مسألتنا متميز عن السراية فلم يكن سقوط القود في أحدهما موجبا لسقوطه فيهما كما لو قطع أحدهما يده عمدًا وقطع الآخر يده الأخرى خطأ ، لما تميز فعل أحدهما من فعل الآخر لم يكن سقوط القود عن أحدهما موجبا لسقوط القود عن الآخر . انظر : الحاوي (١٦٤/١٢) .

(٨) لا خلاف بين الحنفية ، ولا بين الحنفية والشافعية في هذه الجزئية . انظر : مختصر اختلاف الفقهاء لأبي

القصاص إذا سقط في الفعلين المميزين لتعلق المال بأحدهما ، فالفعل الواحد أولى .

٢٦٩١٥ – ولأنه قطع لا يقتص في سرايته ، فلا يقتص فيه كالمسلم إذا قطع أصبع الذمي فشلت أخرى إلى جنبها [١] .

٢٦٩١٦ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ [٢] .

٢٦٩١٧ – قلنا : هذا يتناول [جرح أصبع] [٣] حكمه القصاص ، وقوله (ﷺ) [٤] : « العمد قود » [٥] يتناول العمد المحض ، وقد [٦] سرت [٧] الجناية إلى الشلل ، فلم يتمحض العمد فيها [٨] .

٢٦٩١٨ – قالوا : جناية إذا لم تسر وجب فيها القصاص ، فإذا سرت إلى ما لا قصاص فيه لم يسقط القصاص ، أصله إذا قطع يد امرأة فألقت جنينًا [٩] .

٢٦٩١٩ – قلنا : هناك ما في حكم جنايتين (مختلفتين بدلالة أن السراية لا تكون في نفس إلى أخرى ، وإنما تكون لنفس واحدة ، وسقوط القصاص في إحدى جنايتين) [١٠] لا يسقط القصاص في الأخرى .

٢٦٩٢٠ – وفي مسألتنا هو في حكم جناية واحدة ، فإذا تعلق بها أدنى الحكمين لم يوجب أعلاهما ، يبين ذلك : أن الجناية في النفس يتوهم منها السراية وتحدث بألمها .

= بكر الجصاص ورقة أ ٢٣٧ ، ومغني المحتاج (٤/٣٠) .

(١) وفي هذا القياس نظر ، لأن الجناية في مسألتنا بين مسلم ومسلم ، وهذا بين مسلم وذمي فافترقا .

(٢) وتمام الآية الكريمة : ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ سورة المائدة الآية رقم ٤٥ . ووجه الاستدلال بالآية الكريمة : أن الجرح مختص بالجناية دون السراية . انظر : الحاوي للماوردي (١٢/١٥٤) .

(٣) في النسخ الثلاثة (جرحا صبع) ، والصواب ما أثبته .

(٤) في ب و ج (ﷺ) . (٥) سبق تخريجه .

(٦) في النسخ الثلاثة (وهو) والظاهر أنها تحريف ، والصواب ما أثبته .

(٧) كذا في ب و ج ، وفي أ (سرى) .

(٨) وفي رد الإمام القدوري نظر ، لأن سراية الجناية لا يغير من صفة العمدية كما إذا قطع يد شخص فسرى إلى نفسه فمات فإنه يجب القصاص في النفس في هذه الحالة .

(٩) لنا : أنه جناية لو لم تسر وجب فيها القصاص ، فإذا سرت إلى ما لا قصاص فيه لم يسقط القصاص ، كما لو قطع يد امرأة فأسقط جنينًا . انظر : المغني مع الشرح الكبير (٩/٤٤٥) .

(١٠) من قوله : (مختلفتين بدلالة) إلى قوله (في إحدى جنايتين) ساقط من ب و ج .

٢٦٩٢١ - ولا يتوهم بها تلف نفس أخرى ، (ولأن) [١] المعتبر في الجناية المال، ولهذا لو شجه مُوَضِّحَة [٢] فصارت مُنَقِّلَة [٣] لم يجب القصاص [٤] ، ولو جرح عبد[٥] حرا لم يجب القصاص ، فإن (سرى) [٦] إلى النفس وجب القصاص ، وعلى القولين لو أجاف جرحًا لم يجب القصاص ، فإن سرت الجراح إلى النفس وجب القصاص [٧] .

* * *

(١) في ب و ج (ولا) .

(٢) الموضحة : هي التي توضِّح العظم أي تبينه . انظر : طلبة الطلبة ص ٣٢٩ .

(٣) المنقلة : هي التي تنقل العظم بعد الكسر . انظر : طلبة الطلبة ص ٣٣٠ .

(٤) لأن هذا شيء واحد وفيه الأرش من مال الجاني . انظر : الأصل لمحمد بن الحسن ٤٦٨/٤ .

(٥) كذا في ج ، وفي أ و ب (عبدا) .

(٦) في ب و ج (أسرى) .

(٧) أي على القولين عند الشافعية ، فعندهم إن جنى علي شخص جناية لا يجب فيها القصاص كالجائفة فمات منه قولان : أحدهما : يقتل بالسيف ولا يقتص منه في الجائفة . والثاني : يقتص منه ، في الجائفة ، فإن مات منه ، وإلا قتل بالسيف . انظر : المهذب للشيرازي (١٨٦/٢) .

مسالة [1] ١٣٢٣

حكم القصاص من الجرح قبل الاندمال [2]

٢٦٩٢٢ - قال أصحابنا رحمهم الله : لا يُقتص في الجراح إلى النفس حتى [3] يندمل [4] .

٢٦٩٢٣ - وقال الشافعي رحمه الله : يُقتص في الحال [5] .

٢٦٩٢٤ - لنا : ما روي أبو الزُبَير [6] عن ....

(١) مكانها بياض في ب .

(٢) مصدر من اندمل الجرح أي تماثل . انظر : مختار الصحاح ص ٢٣١ .

(٣) كذا في أ . وفي ب و ج (بل) .

(٤) هذا هو مذهب الحنفية . انظر مختصر اختلاف الفقهاء لأبي بكر الجصاص ورقة ب٢٣١ ، والهداية مع البناية (١٨٣/١٠) وعبارته : ومن جرح رجلًا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ . وانظر كذلك البدائع (٣١٠/٧) وتبيين الحقائق (١٣٨/٦) . وسبب الانتظار لبرء المجروح هو أن الجراحات يعتبر فيها مآلها ، لأن حكمها في الحال غير معلوم ، فلعلها تسري إلى النفس فيظهر أنه قتل ، وإنما يستقر الأمر بالبرء . انظر : المصادر السابقة . وبهذا قالت المالكية . جاء في أسهل المدارك (١٢٣/٣) ما نصه : ولا يقتص الجرح ولا يعقل حتى يندمل وسبب الانتظار لبرء المجروح عندهم أيضًا هو الخوف من أن يؤدي الجرح إلى موت المجروح فيكون الواجب القصاص في النفس أو الدية كاملة . فقد جاء في الشرح الصغير (٨٠/٦) ما نصه : إنما أخر للبرء أي للصحة خوف أن يؤول إلى النفس أو إلى ما تحمله العاقلة . أما عند الحنابلة : فلا يجوز القصاص في الطرف قبل الاندمال في الصحيح من المذهب عندهم ، فقد قال المرداوي : الصحيح من المذهب أنه يحرم عليه أن يقتص من الطرف قبل برئه . انظر : الإنصاف (٣١/٣٠/١٠) . وهو قول أكثر أهل العلم . قال ابن قدامة في المغني مع الشرح الكبير (٤٤٥/٩) : ولا يجوز القصاص في الطرف إلا بعد اندمال الجرح في قول أكثر أهل العلم منهم : النخعي والثوري وأبو حنيفة ومالك وإسحاق وأبي ثور ، وروي ذلك عن عطاء والحسن .

(٥) انظر : مختصر المزني مع الأم (٣٤٨/٨) ونصه : قال الإمام الشافعي : ولو سأل القود ساعة قطع أصبعه أقدته . وبناء على هذا يمكن القول بأن ما نقله الإمام القدوري عن الإمام الشافعي صحيح من حيث الجواز ؛ أما من حيث الاستحباب ؛ فإنه يستحب عند الشافعية تأخير استيفاء القصاص في الطرف إلى الاندمال . فقد قال القفال الشاشي : ويستحب أن لا يستوفى القصاص في الطرف إلا بعد الاندمال ، فإن استوفى قبل الاندمال جاز . انظر : الحلية (٤٩٣/٧) . وجواز الاقتصاص قبل البرء قول مخرج عند الحنابلة ، قال ابن قدامة : ويتخرج لنا أنه يجوز الاقتصاص قبل البرء بناء على قولنا إنه إذا سرى إلى النفس يفعل كما فعل ، وهذا قول الشافعي . انظر : المغني مع الشرح الكبير (٤٤٥/٩) .

(٦) أبو الزبير هو محمد بن مسلم بن تَدْرس القرشي الأسدي ، أبو الزبير المكي مولى حكيم بن حزام كان من الحفاظ ، روي عن جابر بن عبد الله وغيره ، وكان عطاء يقدمه إلى جابر ليحفظ له ، روي عنه الإمام مالك =

جابر [(١)] ﷺ أن النبي ﷺ قال : « يُستأنَى [(٢)] بالجراحات سنة » [(٣)] . وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده [(٤)] : « أن النبي ﷺ نهى أن يُقتص من جرح حتى يَنتهي » [(٥)] .

٢٦٩٢٥ - ورُوي أن رجلًا جرح [حسان بن ثابت] [(٦)] في فخذه

= والثوري وعبد الله بن عمر وغيرهم ، قال يحيى بن معين والنسائي وجماعة : ثقة . وأما أبو زرعة وأبو حاتم والبخاري فقالوا : لا يحتج به . توفي سنة (١٢٨هـ) . (انظر : سير أعلام النبلاء (٣٨٠/٥) ترجمة رقم ١٧٤. وتهذيب الكمال (٤٠٢/٢٦) ترجمة رقم ٥٦٠٢ . وثقات ابن حبان (٣٥٢/٣٥١/٥) .

(١) جابر هو جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام ، أبو عبد الله السلمي الأنصاري المدني ، صاحب رسول الله ﷺ وابن صاحبه ، شهد العقبة وشهد المشاهد كلها إلا بدرا وأُحدا ، روي عن النبي ﷺ وعن أصحابه ، روي له الجماعة ، توفي سنة (٦٨ هـ) وقيل غير ذلك . انظر : تهذيب الكمال (٤٤٣/٤) ترجمة رقم ٨٧١ . والتاريخ الكبير للبخاري (٢٥٧/٢) ترجمة رقم ٢٢٠٨ .

(٢) يُستأنَى : أي يُنتظر . مأخوذ من الأناة ، وهي التثبت والتوقف . انظر : طلبة الطلبة ص ٣٣١ .

(٣) أخرجه الدارقطني عن يزيد بن عياض عن أبي الزبير عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : « يستأنى بالجراحات سنة » وقال الدارقطني : يزيد بن عياض ضعيف متروك . انظر : سنن الدارقطني كتاب الحدود والديات (٩٠/٣) برقم ٣٢ . وقد روي الحديث من طريق آخر غير يزيد بن عياض ، فقد روي الطحاوي عن يحيى بن أبي أنيسة عن أبي الزبير عن جابر : « أن النبي ﷺ أُتي بجراح فأمرهم أن يستأنوا بها سنة » انظر: شرح معاني الآثار للطحاوي (١٨٤/٣) . ولكن ذكر ابن حزم أن ابن أبي أنيسة كذاب ، فلم يصح الاستدلال به . انظر : المحلى (٦٤/١٢) . بناء على هذه النقول يمكن القول بأن هذا الحديث ضعيف من جهة راويه ، وهو يزيد بن عياض في رواية الدارقطني ، ويحيى بن أبي أنيسة في رواية الطحاوي . وقد أضاف الإمام الماوردي ردًا آخر وهو : أن تقدير تأخيره سنة لا يلزم بالإجماع . انظر : الحاوي للماوردي (١٦٨/١٢) .

(٤) سبقت ترجمته .

(٥) أخرجه الدارقطني ظعن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : « نهى النبي ﷺ بعد ذلك أن يقتص من الجراح حتى ينتهي » . انظر : سنن الدارقطني كتاب الحدود والديات (٩/٣) برقم ٣١ . وقد أجاب الإمام الماوردي من الشافعية عن الاستدلال بهذا الحديث فقال : المراد به على سبيل الكراهة وبهذا سلمنا . وأنه محمول على الاستحباب بدليل خبرنا . انظر : الحاوي (١٦٨/١٢) . وبلفظ قريب أخرج الإمام الطحاوي عن عنبسة بن سعيد عن الشعبي عن جابر أن النبي ﷺ قال : « لا يُستقاد من الجرح حتى يبرأ » انظر : شرح معاني الآثار للطحاوي (١٨٥/٣) . وقد رد ابن حزم على الاستدلال بهذه الرواية فقال : هذا باطل لأن عنبسة هذا مجهول . انظر : المحلى (٦٤/١٢) . مما سبق يتضح لنا أنه وإن كانت رواية الإمام الطحاوي رد عليها من جهة راويها إلا أن رواية الدارقطني الذي استدل به إمامنا القدوري ﷺ لم تضعف من المخالفين ، وإنما حملوا النهي الوارد فيها على الكراهة تارة أو على استحباب التأخير للبرء تارة أخرى . وقد قال ابن التركماني : فهذا أمر قد روي من عدة طرق يشد بعضه بعضًا . انظر : الجوهر النقي على هامش السنن الكبرى للبيهقي (٦٨/٦٧/٨) .

(٦) في النسخ الثلاثة (حارسا فابت) والصواب ما أثبته بناء لما ورد في كتب الحديث . وحسان بن ثابت هو حسان بن ثابت بن المنذر بن حرام بن عمرو بن زيد الأنصاري الخزرجي ، أبو عبد الرحمن ، ويقال : أبو

(بقرن)[١] ، فطلبت الأنصار القصاص ، فقال (النبي)[٢] ﷺ : « استأنوا بصاحبكم ، فإن مات فاقتلوه وإن برأ فشأنكم »[٣] .

٢٦٩٢٦ - ولأنها جناية لم تستقر فلم يجز استيفاء القصاص فيها ، أصله : إذا قطع يده من نصف الساعد .

٢٦٩٢٧ - فإن قيل : لا نسلم الأصل ، لأن عندنا يقطع من الزَّنْد إن طلب ذلك .

٢٦٩٢٨ - قلنا : أصل علتنا أنه لا يقتص من (الجُرح)[٤] ، وهذا مسلم ، وإنما قلنا : قال مخالفنا : لا يقتص من بعضها .

٢٦٩٢٩ - فإن قيل : المعنى فيه أن الجناية لو استقرت لم يجب القصاص ، كذلك إذا لم تستقر ، وفي مسألتنا لو استقرت اقتُص ، (كذلك)[٥] إذا لم تستقر .

٢٦٩٣٠ - [قلنا][٦] : لأنه لا يجوز أن يقال لما استوفى الحق المستقر وجب أن يستوفى ما لم يستقر ، ألا ترى أن الثمن في البيع البات يجوز أن يستوفى ، ولا يجب استيفاء الثمن في بيع الخيار .

٢٦٩٣١ - ولأنها جناية فيما دون النفس فلا يستوفى موجبها قبل استقرارها كالخطأ .

= الوليد وأبو الحسام المدني . وأمه فريعة بنت خالد ، شاعر رسول الله ﷺ وصاحبه . عاش ستين سنة في الجاهلية ، وستين في الإسلام . توفي قبل الأربعين في خلافة على بن أبي طالب ﷺ . وقيل سنة (٥٠ هـ) وقيل سنة ٥٤هـ . والله أعلم . (انظر : أسد الغابة (٧/٥/٢) ، وسير أعلام النبلاء(٥١٢/٢) ، وتهذيب الكمال (١٦/٦) ترجمة رقم ١١٨٨) .

(١) في ب و ج (فقرت) .

(٢) ساقط من ب و ج .

(٣) أخرج ابن عبد البر عن الثوري عن عيسى بن المغيرة عن يزيد بن وهب أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى طريف بن ربيعة - وكان قاضيا بالشام - أن صفوان بن المعطل ضرب حسان بن ثابت بالسيف ، فجاءت الأنصار إلى النبي ﷺ فقالوا : القود . فقال النبي ﷺ : « تنتظرون ، فإن يبرأ صاحبكم تَقْتصوا ، وإن يمت نُقدكم بعد في حسان » . فعُوفي ، فقالت الأنصار : قد علمتم أن هذي النبي ﷺ في العفو . فعَفَوا . وأعطاهم صفوان جارية وهي أم عبد الرحمن بن حسان . انظر : الاستذكار (٥٠/٢٥) برقم ٣٦٨٢٨ . كما أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٤٥٣/٩) برقم ١٧٩٩٠ وذكره ابن التركماني في الجوهر النقي على هامش السنن الكبرى للبيهقي (٦٧/٨) وذكره أيضًا الإمام الشوكاني في نيل الأوطار (٢٨/٧) .

(٤) في ب و ج (الجراح) .

(٥) كذا في ج وهو الصواب . وفي أ و ب (لذلك) .

(٦) ما بين المعقوفين لا توجد في النسخ الثلاثة ، والظاهر سقوطه ، لأن ما بعدها جواب الإمام القدوري عن اعتراض المخالف .

٢٦٩٣٢ - فإن قيل : فيه قولان [(١)] . دلَّلنا عليه بأن الجناية فيما دون النفس توجب معنى عند استقرارها ، فإذا سرت سقط ، بيان ذلك : ألا ترى أنه يَقطع يديه ورجليه وأنفه وذكره و (يَفقأ) [(٢)] عينيه فتجب عليه لو استقرت هذه الجنايات خمس ديات ، فإن مات وجب دية واحدة ؟ . (فلو قلنا) [(٣)] إنه (يستوفى) [(٤)] الديات استوفينا ما لا يتحقق أنه واجب ، وهذا لا يصح ، وإذا ثبت هذا قسنا عليه بعلة أنه أحد موجبي (العلة) [(٥)] .

٢٦٩٣٣ - ولأن جناية العمد (موجبها) [(٦)] القصاص وذلك لا يمكن ، فإذا وجب التوقف في موجب جناية الخطأ فالعمد أولى .

٢٦٩٣٤ - وهذه المسألة مبنية على أصل وهو أن الجناية فيما دون النفس إذا سرت إلى النفس وجب القصاص في النفس ولم يجب فيما دونها [(٧)] ، فلو استوفينا القصاص فيما دون النفس استوفينا ما يجوز أن يكون غير مستحق وهذا لا يجوز .

٢٦٩٣٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ﴾ [(٨)] .

٢٦٩٣٦ - قلنا : هذا في الحالة إلى الواجب العين ، وهذا لا يكون إلا بعد

---

(١) نسلم في أحد القولين ، ثم ذاك غير مستقر لأنه قديم وأما الجواب عن قياسهم على الدية : فهو أن للشافعي في أخذ دية الطرف قبل اندماله قولان : أحدهما : قاله في كتاب المكاتب : لو جنى السيد على عبده المكاتب فقطع يده كان له أن يعجل أرش يده قصاصًا من كتابته ، فخرجه أصحابنا قولًا في جواز تعجيل الأرش قبل الاندمال . والقول الثاني وهو الصحيح المنصوص عليه في جميع كتبه والمعمول عليه عند سائر أصحابنا : أنه لا يجوز أخذ الدية قبل الاندمال وإن كان القود قبله . والفرق بينهما (أي الفرق بين المقيس والمقيس عليه) : أن القود لا يسقط بما حدث بعد الجناية من اندمال أو سراية ، فجاز أن يستوفي قبل استقرارها ، ودية الطرف لا تستقر إلا بعد الاندمال ؛ لأنه إن قطع أصبعًا أرشها عشر الدية ؛ فقد يجوز أن يشاركه في قتل المجني عليه مائة نفس ، فلا يلزم كل واحد من الجماعة من الدية ؛ إلا عشر عشرها ، فيحتاج إلى أن يرد على قاطع الأصبع الزيادة عليه فافترقا . انظر : الحاوي للماوردي (١٦٩/١٦٨/١٢) .

(٢) كذا في ج . وفي أ (نفقأ) وفي ب (يقفا) . (٣) في ج (قلنا فلو قلنا) .

(٤) في أ (استوفى) وما أثبته من ب و ج وهو الأقرب للسياق .

(٥) كذا في النسخ الثلاثة ، ولعله الأقرب للسياق هو (الدية) .

(٦) في ب و ج (موجب) .

(٧) هذه المسألة ذكرها الإمام القدوري فيما سبق ، انظر : مسألة رقم ٢٣ .

(٨) وتمام الآية الكريمة : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ سورة المائدة الآية رقم ٤٥ .

استقرارها ، فأما قبل الاستقرار ؛ فالحق متردد فلا يتناوله الظاهر . ولأنه قال في آخر الآية : ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ والقصاص المماثلة ، (وذلك) [١] لا يكون إلا بعد البرء فلا يوجد فيه المماثلة .

٢٦٩٣٧ - احتجوا : بقوله (ﷺ) [٢] : « العمد قود » [٣] .

٢٦٩٣٨ - قلنا : هذا يدل على أن وجوب القود في العمد ، وخبرنا أفاد [بيان] [٤] الوقت الذي يستوفى فيه فيجمع بين الخبرين .

٢٦٩٣٩ - قالوا : أحد نوعي القصاص ؛ فجاز أن يجب معجلًا ، أصله القصاص في النفس [٥] .

٢٦٩٤٠ - قلنا : نقول بموجبه ، لأن القصاص فيما دون النفس يجب معجلا إذا كان مستقر الوجوب ، كمن كسر سن غيره ، وقد قال أصحابنا بموجبها (فيمن) [٦] قطع يد رجل من الزند ثم جاء آخر (فقطعها) [٧] من المرفق [٨] ، وهذا لا يصح [٩] ، لأن الجناية هناك وجبت مؤجلة ثم سقط التأجيل بالجناية الثانية .

٢٦٩٤١ - قالوا : روي عطاء [١٠] عن جابر [١١] [ﷺ] أن رجلًا طعن ركبة رجل [بقرن] [١٢] (فاستقاد) [١٣] (فعييت) [١٤] رجله وبرأت رجل المستقاد منه ، فأتى

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٢) كذا في أ ، وفي ب (عليكم) ، وفي ج (ﷺ) .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) في النسخ الثلاثة (بيان أن) ولعل ما أثبته هو الصواب .

(٥) انظر كذلك : الحاوي للماوردي (١٦٨/١٢) .

(٦) في ب و ج (فمن) .

(٧) كذا في ب و ج ، وفي أ (وقطعها) .

(٨) ذكرها الإمام القدوري فيما سبق . انظر : المسألة رقم ٢١ ص ٢٥٦ .

(٩) أي القياس عليها لا يصح .

(١٠) سبقت ترجمته .

(١١) سبقت ترجمته .

(١٢) في النسخ الثلاثة (بعود) وما أثبته هو الصواب بناء لما ورد في كتب الحديث .

(١٣) في ب و ج (فاسا) .

(١٤) كذا في ج . وفي أ و ب بدون نقط . ومعنى عَيِيَ : إذا لم يهتد لوجهه . انظر : مختار الصحاح ص٤٩٢ . ووردت في رواية الدارقطني وابن حزم : فعَنَتَتْ بالنون والتاء . قال الأزهري : والعنت الكسر وقد عنتت يده أو رجله أي انكسرت ، وكذلك كل عظم . انظر : لسان العرب (٣١٢١/٤) مادة عنت . ووردت في رواية الإمام البيهقي : فعتبت بالتاء والباء قال ابن الأثير : العتب بالتحريك : النقص ، وهو إذا لم يحسن جبره وبقي فيه ورم لا زم أو عرج . انظر : النهاية في غريب الحديث (١٧٦/٣) وفي لسان العرب .

النبي ﷺ فقال [ﷺ] : « ليس لك شيء ، أنت عجلته » [١] ورُوي : « أبعدك الله أنت عجلته » [٢] .

٢٦٩٤٢ - قلنا : هذا الخبر ذكره الدارقطني [٣] وقال [٤] : وأبو بكر [٥] وعثمان [٦] ابنا

= (٢٧٩٢/٤) مادة عتب : عتب الإنسان إذا وثب برجل واحدة ورفع الأخرى . وفي رواية الحافظ ابن عبد البر في الاستذكار : فعثمت بالثاء والميم . تقول : عثم العظم المكسور إذا انجبر على غير استواء . انظر : لسان العرب (٢٨٠٨/٤) مادة عثم . وقال ابن الأثير في النهاية (١٨٣/٣) : عثمتُ يده فعثمَتْ : إذا جبرتُها على غير استواء . وهذه الألفاظ وإن كانت تختلف إلا أن كلها تفيد معنى العرج كما ورد في الروايات الأخرى .

(١) أخرجه الدارقطني ، قال : حدثنا محمد بن أحمد بن الحسين ، نا محمد بن عبدوس بن كامل ، نا أبو بكر وعثمان ابنا أبي شيبة قالا : نا ابن عُليّة عن أيوب عن عمرو بن دينار عن جابر : أن رجلًا طعن رجلًا بقرن في ركبته ، فأتى النبي ﷺ يستقيد ، فقيل له حتى تبرأ . فأبى وعجل واستقاد . قال : فعنتت رجله وبرئت رجل المستقاد منه ، فأتى النبي ﷺ فقال له : « ليس لك شيء ، إنك أبيت » انظر : سنن الدارقطني كتاب الحدود والديات وغيرها (٨٩/٣) برقم ٢٧ . وأخرجه أيضًا ابن أبي شيبة في المصنف (٣٦٩/٩) برقم ٧٨٣٤ والبيهقي في السنن الكبرى (٦٦/٨) وابن عبد البر في الاستذكار (٥٠/٢٥) برقم ٣٦٨٢٧وابن حزم في المحلى (٦٤/١٢) والإمام أحمد في المسند (٢١٧/٢) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

(٢) أخرجه الدارقطني عن معمر عن أيوب عن عمرو بن دينار قال : قال رسول الله ﷺ : « أبعدك الله أنت عجلت » انظر : سنن الدارقطني (٩٠/٣) برقم ٣٠ . وعبد الرزاق في المصنف (٤٥٣/٩) برقم ١٧٩٨٨ . روجه استدلال الشافعية بهذا الحديث من وجهين : أحدها : جواز تعجيل القود بالاندمال . والثاني : أن تأخيره إلى وقت الاندمال استحباب . انظر : الحاوي للماوردي (١٦٨/١٢) . وقال الشوكاني : ومحل الحجة : هو إذنه ﷺ بالاقتصاص قبل الاندمال ، وهو لا يأذن إلا بما كان جائزًا . انظر : نيل الأوطار (٢٨/٧) .

(٣) سبقت ترجمته .

(٤) انظر : سنن الدارقطني (٨٩/٣) وعبارته : قال الشيخ : أخطأ فيه ابنا أبي شيبة ، وخالفهما أحمد ابن حنبل وغيره عن ابن عُلَيّة عن أيوب عن عمرو مرسلًا . وكذلك قال أصحاب عمرو بن دينار عنه ، وهو المحفوظ مرسلًا . اهـ . وقد أجاب الحافظ ابن حجر عن هذا فقال : وأُعِلَّ بالإرسال بناء على أن شعيبًا لم يدرك جده ، وقد دفع بأنه ثبت لقاء شعيب لجده ، وفي معناه أحاديث تزيده قوة . انظر : سبل السلام (٤٨٥/٣) وقد صحح ابن حزم حديث عمرو بن شعيب هذا . انظر : المحلى (٦٤/١٢) .

(٥) أبو بكر هو عبد الله بن محمد بن القاضي أبي شيبة إبراهيم بن عثمان بن خواستيَ ، أبو بكر العبسي ، مولاهم الكوفي . الإمام العلم سيد الحفاظ وصاحب الكتب الكبار : (المسند) و (المصنف) و (التفسير) ، أخو الحافظ عثمان بن أبي شيبة والقاسم بن أبي شيبة . قال أحمد بن عبد الله العجلي : كان أبو بكر ثقة حافظا للحديث . توفي رحمه الله في المحرم سنة ٢٣٥هـ . انظر : تهذيب الكمال (٣٤/١٦) ترجمة رقم ٣٥٢٦ وسير أعلام النبلاء (١٢٢/١١) وثقات ابن حبان (٣٥٨/٨) .

(٦) عثمان هو عثمان بن محمد بن القاضي أبي شيبة إبراهيم بن عثمان بن خواستيَ ، أبو الحسن العبسي ، مولاهم الكوفي . الإمام الحافظ الكبير المفسر صاحب التصانيف ، وأخو الحافظ أبي بكر بن أبي شيبة . قال =

[أبي] [١] شَيبة [٢] مسندا وغلطا فيه ، والصحيح أنه مرسل عمرو بن دينار [٣] رواه عن النبي ﷺ . كما رواه أحمد بن حنبل [رحمه الله] وغيره عن ابن عُلَيّة [٤] .

٢٦٩٤٣ - وقد ذكر فيه الدار قطني [٥] من طريق آخر : أنه طلب القصاص فيها ، فنهى النبي ﷺ أن يُستقاد من الجرح حتى يبرأ [٦] . وروي في هذه القصة أنه طلب القصاص فرده ، ثم طلب فرده ، ثم طلب الثالثة فأقاده [٧] . فيجوز أن يكون استقاد في الثالثة لأن الجرح اندمل .

٢٦٩٤٤ - وذكر حديث ابن جُريج [٨] عن عمرو ....

= يحيى بن معين : ثقة مأمون . وسئل عنه الإمام أحمد بن حنبل فأثنى عليه وقال : ما علمت إلا خيرا . حدث عنه البخاري ومسلم واحتجا به في كتبهما . توفي رحمه الله سنة (٢٣٩ هـ) . (انظر : سير أعلام النبلاء (١٥١/١١) ترجمة ٥٨ وشذرات الذهب (٩٢/٢) وتذكرة الحفاظ (٤٤٢/٢) ترجمة رقم ٤٥٠) .

(١) ما بين المعقوفين ساقط من النسخ الثلاثة ، والصواب ما أثبته .

(٢) أبو شيبة هو إبراهيم بن خواستي العبسي مولاهم ، أبو شيبة الكوفي . ولي قضاء واسط ، وهو ضعيف الحديث . توفي سنة ١٦٩هـ . (انظر : تهذيب الكمال (١٤٧/٢) ترجمة رقم ٢١٢ وطبقات ابن سعد (٣٨٤/٦) .

(٣) سبقت ترجمته .

(٤) ابن عُلَيّة هو إسماعيل بن إبراهيم بن مِقْسَم الأسدي ، أبو بشر البصري ، المعروف بابن عُلَيّة وهي أمه . أصله من الكوفة ، قال الإمام أحمد إسماعيل ابن علية إليه المنتهى في التثبت في البصرة . وقال يحيى بن معين : إسماعيل ابن علية ثقة . ولد سنة ١١٠هـ ، وتوفي رحمه الله سنة ١٩٣هـ ودفن ببغداد . وقيل سنة (١٩٤هـ) . والله أعلم . انظر : تهذيب الكمال (٢٣/٣) ترجمة ٤١٧ والتاريخ الكبير للبخاري (٣٤٢/١) ترجمة ١٠٧٨ والجرح والتعديل لابن أبي حاتم (١٥٣/٢) ترجمة ٥١٣ .

(٥) سبق ترجمته .

(٦) أخرجه الدارقطني عن ابن جريج وعثمان بن الأسود ويعقوب بن عطاء عن أبي الزبير عن جابر : أن رجلا جُرح فأراد أن يستقيد ، فنهى رسول الله ﷺ أن يُستقاد من الجارح حتى يبرأ المجروح . انظر : سنن الدارقطني ، كتاب الحدود والديات وغيرها ، (٨٨/٣) برقم ٢٥ . وكلمة يبرأ من برأ الجرح يبرأ برءا أي صَحَّ . انظر : طلبة الطلبة ص ١١٨ .

(٧) أخرجه الدارقطني عن عبد الرزاق عن ابن جريج أخبرني عمرو بن دينار عن محمد بن طلحة بن يزيد بن ركانة أخبرهم أن رجلا طعن رجلا بقرن في رجله ، فجاء إلى النبي ﷺ فقال : أقدني . قال : حتى تبرأ . قال : أقدني . قال : حتى تبرأ . قال أقدني . فأقاده . ثم عرج . فجاء المستقيد فقال : حقي . فقال النبي ﷺ : « لا حق لك » . انظر : سنن الدار قطني ، كتاب الحدود والديات وغيرها . (٨٩/٣) برقم ٢٩ .

(٨) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج الرومي الأموي ، أبو الوليد وأبو خالد المكي . أدرك صغار الصحابة ، لكن لم يحفظ عنهم . فقيه الحرم ، أحد الأعلام ، صاحب التصانيف . كان ثقة كثير الحديث جدًّا . قال الإمام أحمد بن حنبل : كان من أوعية العلم . توفي سنة (١٥٠هـ) ، وقيل غير ذلك . انظر تهذيب الكمال (٣٣٨/١٨) ، وطبقات ابن سعد (٤٩١/٥) ، وتذكرة الحفاظ (١٦٩/١) .

ابن شعيب [١] عن أبيه عن جده : أن رجلًا طُعِن بقرن في ركبته ، فجاء إلى النبي ﷺ فقال : أقدني ، فقال : حتى تبرأ ، ثم جاء إليه فقال : أقدني ، فأقاده . ثم جاء إلى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله عرجت . فقال : « قد نهيتك فعصيتني فأبعدك الله وبطل (عرجك) [٢] » ، ثم نهى (ﷺ) [٣] أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه [٤] . فهذا يدل أن النهي متأخر عن القصة التي ذكروها [٥] .

* * *

---

(١) سبق ترجمته .

(٢) في ج (جرحك) .

(٣) في ب و ج (عليه السلام) .

(٤) انظر : سنن الدارقطني ، كتاب الحدود والديات وغيرها (٨٨/٣) برقم ٢٤ . وأخرجه أيضًا الإمام أحمد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ قريب ، وآخرها : ثم أمر رسول الله ﷺ بعد الرجل الذي عرج ، من كان به جرح أن لا يستقيد حتى تبرأ جراحته ، فإذا برئت جراحته استقاد . انظر : المسند (٢/ ٢١٧) . وأخرج الدارقطني أيضًا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : نهى النبي ﷺ بعد ذلك أن يقتص من الجراح حتى ينتهي . انظر : سنن الدارقطني (٨٨/٣) برقم ٣١ .

(٥) قال الإمام ابن قدامة : وهذه زيادة يجب قبولها ، وهي متأخرة عن الاقتصاص فتكون ناسخة له . انظر : المغني مع الشرح الكبير (٤٤٦/٩) . وقال الإمام الشوكاني : قوله : ثم نهى أن يقتص من جرح . . إلخ . يدل على تحريم الاقتصاص قبل الاندمال ؛ لأن لفظ ثم يقتضي الترتيب ، فيكون النهي الواقع بعدها ناسخًا للإذن الواقع قبلها . انظر : نيل الأوطار (٢٨/٧) .

مسألة (١) ١٣٢٤

حكم ما إذا حلق شعر الرأس واللحية والحاجبين والأشفار فلم تُنبت

٢٦٩٤٥ - قال أصحابنا رحمهم الله : إذا حلق شعر الرأس واللِّحْيَة (٢) والحاجبين (٣) والأشفار (٤) ، فلم تنبت ففيه الدية (٥) .

٢٦٩٤٦ - وقال الشافعي رحمه الله : فيه حكومة (٦) (عدل) (٧) .

---

(١) مكانها بياض في ب .

(٢) اللِّحْيَة - الشعر النازل على الذقن ، والجمع لحىً . انظر : المصباح المنير (٧٥٦/٢) .

(٣) الحاجبان : العظمان فوق العينين بالشعر واللحم . والجمع حواجب . انظر : المصباح المنير (١٦٦/١)

(٤) الأشفار : جمع شُفر بضم السين . حروف العين التي ينبت عليها الشعر . انظر : طلبة الطلبة ص ٣٢٩ .

(٥) انظر : الأصل لمحمد بن الحسن (٤٤١/٤/٤٤٢) ، والمبسوط (٧٠/٢٦/٧١) ، والهداية مع البناية (١٤٣/١٠) ، لأنه فوت عليه جمالًا على الكمال . وهو رواية عن الإمام أحمد وهو المذهب عند الحنابلة . قال المرداوي : وفي كل من الشعور الأربعة الدية ، وهو شعر الرأس واللحية والحاجبين وأهداب العينين . هذا المذهب نص عليه وعليه الأصحاب . وعنه : في كل شعر من ذلك حكومة كالشارب ، نص عليه . انظر : الإنصاف للمرداوي (١٠١/١٠) .

(٦) ومعنى الحكومة عند الإمام الشافعي هو أن يقوِّم المجني عليه كم يُسَوِّي لو كان عبدا غير مجني عليه ثم يقوم مجنيًا عليه فينظر كم بين القيمتين ، فإن كان العُشر ففيه عشر الدية أو الخُمس فعليه خمس الدية . انظر : مختصر المزني مع الأم (٣٥٢/٨) . وهذا أيضًا هو معنى الحكومة عند كل من المالكية والحنابلة . انظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٧٠/٤/٢٧١) والمغني مع الشرح الكبير (٦٦٠/٩) . وهو قول الطحاوي من الحنفية وعليه الفتوى عندهم . والرأي الثاني عند الحنفية للكرخي . قال الكرخي رحمه الله : تقرب هذه الجناية إلى أقرب الجنايات التي لها الأرش مقدر فينظر ذوا عدل من أطباء الجراحات كم مقدار هذه مهنا في قلة الجراحات وكثرتها بالحرز والظن ، فيأخذ القاضي بقولهما ، ويحكم من الأرش بمقداره من أرش الجراحة المقدرة . انظر : البدائع (٣٢٣/٧/٣٢٤) ورد المحتار (٣٧٣/٥) . وهذه الطريقة في كيفية تقدير الحكومة هو الأنسب في هذه الأيام لعدم وجود الرق الآن .

(٧) ما بين القوسين ساقط من ب و ج . لمذهب الإمام الشافعي رحمه الله انظر : مختصر المزني مع الأم (٣٥٢/٨) وعبارته : قال الإمام الشافعي رضي الله عنه : وفي شعر الرأس والحاجبين واللحية وأهداب العينين في كل ذلك حكومة . وقال الشيرازي : ولا يجب في إتلاف الشعور غير الحكومة ؛ لأنه إتلاف جمال من غير منفعة فلم تجب فيه غير الحكومة كإتلاف العين القائمة واليد الشلاء . انظر : المهذب (٢٠٨/٢) . وهذا هو مذهب المالكية أيضًا . جاء في الشرح الكبير ما نصه : وقلع شعر حاجب أو هُدب - بضم الهاء - الواحد أو المتعدد فيه الحكومة إن لم ينبت . فإن نبت وعاد لهيئته فلا شيء فيه إلا الأدب في العمد . وكذا شعر الرأس واللحية . =

٢٦٩٤٧ - لنا : ما روي عن علي بن أبي طالب ﷺ أنه قضى في شعر الرأس بالدية [١] .

٢٦٩٤٨ - قال أبو حنيفة رَحِمَهُ الله : بلغنا ذلك عن علي [٢] . رواه ابن المنذر [٣] في كتابه بإسناده [٤] . والصحابي إذا لم يعرف (أنه) [٥] مخالف وجب تقليدُه عندنا [٦] .

٢٦٩٤٩ - لأنه قضى بذلك وهو إمام ، فلم يخالفه على قضيته مخالف [٧] . وذكر

= انظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٧٧/٤) وانظر كذلك الذخيرة للقرافي (٣٦٠/١٢) . وهو رواية عن الإمام أحمد . ولكن هذه الرواية مقابل المذهب عندهم . انظر الإنصاف (١٠١/١٠) . ومما سبق يتضح لنا أنه إن نبت الشعر مرة أخرى وعاد كما كان ؛ فلا يجب فيه إلا التعذير اتفاقا ؛ لأنه لم يبق لفعل الجاني أثر ، فهو بمنزلة الضربة التي لا يبقى أثرها في البدن فيؤدب لارتكابه المحرم . فيكون محل الخلاف بين الفقهاء هو إذا لم ينبت الشعر مرة أخرى وذلك بذهابه على وجه لا يرجى عوده مثل أن يقلب على رأسه ماء حارا فيتلف منبت الشعر فينقلع بالكلية بحيث لا يعود . انظر : تبيين الحقائق (١٣٠/٦) والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٧٧/٤) والروضة للنووي (٢٧٣/٩) والمغني مع الشرح الكبير (٥٩٨/٩) .

(١) أخرج ابن أبي شيبة عن سلمة بن تمام الشقري قال : مر رجل بقدر فوقعت على رأس رجل فأحرقت شعره ، فرفع إلى علي ؛ فأجله سنة ؛ فلم ينبت ؛ فقضي فيه علي بالدية . انظر : مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات باب (١٦٣/١٦٢/٩) برقم ٦٩٢٦ . كما أخرجه عبدالرزاق في مصنفه كتاب العقول باب (٣١٣/٩) برقم ١٧٣٧٤ . وابن حزم في المحلى (١٦١/١٢) .

(٢) أخرجه محمد بن الحسن في كتابه الأصل (٤٤١/٤) حيث قال : بلغنا عن علي بن أبي طالب ﷺ قال : في الرأس إذا حلق فلم ينبت ففيه الدية كاملة .

(٣) ابن المنذر هو محمد بن إبراهيم بن المنذر أبو بكر النيسابوري ، الحافظ العلامة شيخ الحرم . كان غاية في معرفة الاختلاف والدليل ، وكان مجتهدًا ظلا يقلد غيره ، وعده الشيرازي في طبقات الفقهاء الشافعية ، وقال : صنف في اختلاف العلماء كتبًا لم يصنف أحد مثلها ، واحتاج إلى كتبه الموافق والمخالف . من كتبه المشهورة في اختلاف العلماء : الإشراف على مذاهب أهل العلم وكتاب الإجماع . توفي بمكة سنة (٣٠٩ هـ) . وقيل سنة (٣١٠ هـ) وقيل سنة (٣١٨ هـ) . (انظر : طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٠٨ . وتذكرة الحفاظ (٧٨٢/٣) ترجمة رقم ٧٧٥ ووفيات الأعيان (٢٠٧/٤) .

(٤) انظر : الإشراف على مذاهب أهل العلم (١٥٢/٢) حيث قال فيه ابن المنذر : واختلفوا في الشعر يجنى عليه فلا ينبت ، فروينا عن علي وزيد بن ثابت أنهما قالا : فيه الدية .

(٥) كذا في أ و ب ، وفي ج (له) .

(٦) قد ذكرنا آراء العلماء في الإجماع السكوتي في ص ١٩٤ .

(٧) أي اشتهر ما قضى به وعرف ولم ينكر عليه أحدًا ، فدل على موافقة الآخرين له . هذا الاستدلال من جهة كونه إجماعًا . وقد استدل الحنفية من وجه آخر : وهو أن هذا الأمر مما ليس للرأي فيه مجال ، فلا بد أن الصحابي سمعه من النبي ﷺ ، فيكون حكمه حكم المرفوع إلى النبي ﷺ . فقد قال الزيلعي : ولنا : قول علي ﷺ في الرأس إذا حلق ولم ينبت الدية كاملة ، والموقوف في هذا كالمرفوع ؛ لأنه من المقادير فلا يهتدى إليه الرأي . انظر تبيين الحقائق (١٣٠/٦) .

الطحاوي (١) عن سعيد بن المسيب (٢) : « في الحاجبين الدية ، (وفي أحدهما نصف الدية » . وكذلك من شريح (٣) والحسن (٤) والشعبي (٥) .

٢٦٩٥٠ - فإن قيل (٦) : روي عن زيد بن ثابت (٧) [ﷺ] : في الحاجبين)(٨)

---

(١) سبق ترجمته قال الإمام الطحاوي : وقد روي سعيد بن المسيب وشريح والحسن : أن في الحاجبين الدية وعن الشعبي مثله . وليس من غيرهم من التابعين خلاف ذلك . انظر : مختصر اختلاف الفقهاء مخطوط ورقة أ ٢٣٥ . وقد أخرج عبدالرزاق عن سعيد بن المسيب قال : في الحاجبين الدية وفي أحدهما نصف الدية. انظر : مصنف عبدالرزاق كتاب العقول (٣٢١/٩) برقم ١٧٣٧٩ كما أخرج نحوه ابن أبي شية في مصنفه كتاب الديات (١٦٠/٩) برقم ٦٩١٨ وابن حزم في المحلى (١٥٥/١٢) . وقد روي هذا القول أيضا عن قتادة وإبراهيم النخعي . انظر : المراجع السابقة . (٢) سبق ترجمته .

(٣) شُريح هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجَهم الكندي ، أبو أمية الكوفي القاضي . ويقال : شريح بن شرحبيل . أدرك النبي ﷺ ولم يلقه على الصحيح . كان شاعرًا قائفًا قاضيًا . استقضاه عمر بن الخطاب على الكوفة وأقره علي بن أبي طالب وأقام على القضاء بها ستين سنة وقضى بالبصرة سنة . توفي ﷺ سنة (٨٠ هـ) وقيل سنة (٧٩ هـ) وقيل : غير ذلك . (انظر : تهذيب الكمال (٤٣٥/١٢) ترجمة رقم ٢٧٢٥ وطبقات ابن سعد (١٣١/٦) وحلية الأولياء (١٣٢/٤) ترجمة رقم (٢٥٦)

(٤) الحسن : هو الحسن بن أبي الحسن يسار ، أبو سعيد البصري . مولى زيد بن ثابت الأنصاري ، ويقال : مولى جميل بن قطبة . وأمه خيرة وكانت مولاة لأم سلمة أم المؤمنين . شيخ أهل البصرة . ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر ونشأ بالمدينة ، رأى عثمان بن عفان وطلحة والكبار . لازم الجهاد ولازم العلم والعمل ، وكان أحد الشجعان الموصوفين . توفي سنة (١١٠ هـ) . انظر : طبقا الفقهاء للشيرازي ص ٨٧ وسير أعلام النبلاء (٥٦٣/٤) وتذكرة الحفاظ (٧١/١) ترجمة ٦٦ . (٥) سبق ترجمته .

(٦) انظر : النكت للشيرازى ورقة أ ٢٦٢ وعبارته : ولأن زيدًا قال : في الحاجب ثلث الدية ، وقال الماوردي : فأما احتجاجهم بقضاء علي رضوان الله عليه فقد خالفه فيه أبو بكر ﷺ فقضى فيه بعشر من الإبل، وخالفها فيه زيد فقضى فيه بثلث الدية ، وليس مع الخلاف إجماع . انظر : الحاوي (١٧٤/١٢) . ولكن ما قاله الإمام الماوردي فيه خلط ، لأن قضاء علي ﷺ في شعر الرأس وقضاء أبي بكر وزيد بن ثابت ﷺ في الحاجب . فقد روى ابن أبي شيبة وعبد الرزاق وابن حزم عن عمرو بن شعيب قال : قضى أبو بكر الصديق في الحاجب إذا أصيب حتى يذهب شعره فقضى فيه موضحتين عشرًا من الإبل . انظر : مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات (١٦١/٩) برقم ٦٩٢١ ومصنف عبدالرزاق كتاب العقول (٣٢١/٩) برقم ١٧٣٨٢ والمحلى (١٥٥/١٢) . وعلى هذا ما روي عن أبي بكر وزيد بن ثابت ﷺ يخالف ما روي عن سعيد بن المسيب في الحاجبين الدية وفي أحدهما نصف الدية . ويمكن أن يجاب عن اعتراض الشافعية بقضاء أبي بكر وزيد بن ثابت بأنه محمول على ما إذا نبت الحاجب وفيه شين أو عيب ففيه الحكومة ، والنزاع فيما إذا لم ينبت الحاجب مرة أخرى . (٧) سبق ترجمته .

(٨) من قوله : وفي أحدهما - إلى آخر قوله : في الحاجبين ساقط من ب و ج .

[ثلثا] (١) الدية (٢) .

٢٦٩٥١ - [قلنا] (٣) : وفي [شعر] (٤) الرأس الدية (٥) . ولا يعلم مخالفته في الرأس (٦) ، ولأن هذا القول يدل من اتفاقهم على وجوب الأرش المقدر في الشعر ، وإن اختلفوا في التقدير ، فمن قال : يجب غير مقدر فقد خالف اتفاقهم .

٢٦٩٥٢ - ولأنه فوّتَ الجمال على الكمال ؛ فصار كقطع الأذن الشاخصة (٧) .

٢٦٩٥٣ - والدليل على أن في اللحية (الدية) (٨) : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « مِن تسبيح الملائكة : سبحان من زَيَّن الرجال باللِحى والنساء بالقُرُون » (٩) .

(١) في النسخ الثلاثة (ثلث) والصواب ما أثبته بناء لما ورد في كتب الآثار .

(٢) أخرج بن أبي شيبة عن زيد بن ثابت (ﷺ) قال : في الحاجبين ثلثا الدية . والبيهقي بلفظ : في الحاجب ثلث الدية . وابن حزم بلفظ : في الحاجب الواحد ثلث الدية . انظر : مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات (١٦١/٩) برقم ٦٩٢٢ ، والسنن الكبرى للبيهقي (٩٨/٨) ، والمحلى لابن حزم (١٦١/١٢) .

(٣) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة ، والظاهر سقوطه منها ؛ لأن ما بعدها جواب الإمام القدوري .

(٤) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة ، والسياق يقتضيه .

(٥) أي وروي عن زيد بن ثابت ﷺ : في شعر الرأس الدية . انظر : مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات (١٦٣/٩) والسنن الكبرى للبيهقي (٩٨/٨) والمحلى لابن حزم (١٦١/١٢) .

(٦) أي في شعر الرأس . هذا جواب ملزم للمخالف . قال الإمام ابن حزم : وقد جاء ههنا عن على بن أبي طالب وزيد بن ثابت ما لا يعرف عن أحد من الصحابة ولا من التابعين مخالف . انظر : المحلى (١٦٢/١٢) .

(٧) الأذن الشاخصة : أي الخارجة الظاهرة . يقال : شخص شخوصًا من حد صنع أي ارتفع . انظر : طلبة الطلبة ص ٢٧٩ .

(٨) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٩) ذكره الديلمي في مسند الفردوس عن عائشة ﷺ : ملائكة السماء يستغفرون لذوائب النساء ولحى الرجال ، يقولون : سبحان من زين الرجال باللحى والنساء بالذوائب . انظر : الفردوس بمأثور الخطاب للديلمي (١٧٩/٤) برقم ٦٤٨٨ . تحقيق : السعيد بن بسيوني زغلول . دار الكتب العلمية بيروت ، ط أولى ١٩٨٦م . وقد عزاه العجلوني للحاكم عن عائشة . انظر : كشف الخفا (٥٣٨/١) . وذكره الهندي الفتني عن عائشة رفعته : ملائكة السماء يستغفرون لذوائب النساء ولحى الرجال يقولون : سبحان الذي زين الرجال باللحى ، والنساء بالذوائب . وقال : فيه ابن داود ليس بثقة . انظر : تذكرة الموضوعات ص ١٦٠ لمحمد طاهر بن على الهندي الفتني المتوفي سنة (٩٨٦ هـ) دار إحياء التراث العربي ط الثانية سنة (١٣٩٩ هـ) بيروت والنص الوارد في الكتب السابقة هو (بالذوائب) والذوائب : مفردها الذُؤَابة ، الضفيرة من الشعر . انظر : النهاية لابن الأثير (١٥١/٢) . وعبارة الإمام القدوري (بالقُرون) . و مفردها القَرْن ، وهي ضفيرة من ضفائر الشعر . انظر : النهاية لابن الأثير (٥١/٤) . ويمكن أن يستدل أيضًا على وجوب الدية في اللحية بما روي عن على بن أبي طالب ﷺ أنه قضى فيها بالدية ؛ فقد أخرج الإمام أبي يوسف في آثاره عن أبي حنيفة عن الهيثم عن على بن أبي طالب ﷺ أن رجلًا حلق لحية رجل فلم تنبت فقضى عليه فيها بالدية . انظر : ص =

٢٦٩٥٤ - فإن قيل : المعنى في الأذن الشاخصة أنه (فوّت) [١] بها المنفعة ، لأنها تجمع (الأصوات) [٢] فتوصلها إلى السمع [٣] .

٢٦٩٥٥ - قلنا : نحن نقيس على (أذن) [٤] الأصم التى لا يوجد فيها ذلك .

٢٦٩٥٦ - ولأن هذه المنفعة (من) [٥] توابع منافع السمع ، والدية إذا وجبت (بالمنافع) [٦] اعتبر المنافع الكاملة دون التابعة .

٢٦٩٥٧ - فلما وجبت الدية في الأذن الشاخصة ؛ دل على أن وجوبها للزينة لا للمنفعة ، فإن المعاني المقصودة في الآدمي المنافع والزينة ، وإذا جاز أن تجب الدية الكاملة بفوات أحدهما على الانفراد جاز أن تجب بفوات الأخرى ، ولأن اللحية في أصل الخلقة يفرق (بها) [٧] بين الذكر والأنثى ، فوجب بها كمال الدية كالذكر [٨] .

٢٦٩٥٨ - ولا يلزم الحلَمَتان [٩] تفرق بين الذكر والأنثى .

٢٦٩٥٩ - لأن (الحلمة) [١٠] لم توضع للفصل ، وإنما الفصل يقع بالثّدي وفيه الدية ، (وأما) [١١] عِمامة الرجل فليست للفصل لأن الصبية إذا لم تبلغ فهي (كالذكر) [١٢] في ذلك .

٢٦٩٦٠ - وكان القاضي أبو الهيثم [١٣] (رحمه الله) [١٤] يقول : إذا وُجد (شارباه

= ٢١٨ برقم ٩٦٣ . وقال محمد بن الحسن : وبلغنا أيضًا عن علي أنه قال : في اللحية إذا حلقت فلم تنبت ففيه الدية كاملة . انظر : الأصل ٤٤٢/٤ .

(١) في ب و ج (يفوت) .

(٢) في ب و ج (الأصول) .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٦٢ وعبارته : وأُذنٌ تجمع الصوت وتمنع وصول الماء فهي كاليد ، وأيضًا أجاب الإمام الماوردي عن القياس على الأذن الشاخصة بأنه قياس مع الفارق من وجهين : أحدهما : أن الأذن فيه منفعة ليست في الشعر ؛ لأنها يحفظ السمع ويدفع الأذى . والثاني : قطع الأذن يحدث ألمًا وهذا الألم ربما يؤدي إلى الموت بخلاف الشعر الذي لا يؤلم ولا يخاف منه التلف . انظر : الحاوي (١٧٤/١٢) .

(٤) في ب و ج (أن) .

(٥) في ب و ج (في) .

(٦) في ب و ج (المنافع) .

(٧) في أ و ب (بينهما) وما أثبته من ج .

(٨) أجاب الإمام الماوردي عن هذا القياس بأنه قياس مع الفارق فقال : وقياسه على الذكر لاختصاص الرجال به فيفسد بشعر الشارب يختص به الرجال ولا يجب فيه الدية ، ثم المعنى في الذكر أن فيه منفعة وإنما يخاف منه للسراية إلى النفس فخالف الشعر . انظر : الحاوي (١٧٤/١٢) .

(٩) الحلَمَة بفتح اللام هي رأس الثدي . انظر : طلبة الطلبة ص٣٣٠ .

(١٠) في أ و ب (الحملة) وهي تحريف . وما أثبتناه من ج .

(١١) في ب و ج (فأما) .

(١٢) في ب و ج (كالمذكر) .

(١٣) سبق ترجمته .

(١٤) زيادة من ب و ج .

زانه) (١) وإذا فقدا (٢) شانه (٣) يوجب فيه دية الإنسان قياسا على (الأسنان) . (٤)
وذكر المُبَرِّد (٥) في الكامل (٦) أن النبي ﷺ قال : « وفي (الصَّعَر) (٧) الدية » . (٨)
قال : وهو اعوجاج الوجه .

٢٦٩٦١ - ونحن نعلم أنه إذا ضربه فاعوج وجهه فلم (ينتف) (٩) إلا (الجمال) (١٠) ؛ فدل أن فوات الجمال يوجب الدية .

٢٦٩٦٢ - احتجوا : بأن كل معنى يوجد في الذكر والأنثى (ولا) (١١) يجب بإتلافه من الأنثى كمال الدية ؛ (كإتلافه) (١٢) شعر البدن (١٣) .

---

(١) كذا في النسخ الثلاثة .
(٢) ما بين المعقوفين في أ و ج (شان بعينه) وفي ب (سانه بعينه) ، وما أثبته أقرب للسياق . والله أعلم .
(٣) كذا في ب ، وفي أ و ج (أوان) . (٤) كذا في أ ، وفي ب و ج (الإنسان) .
(٥) المُبَرِّد هو محمد بن يزيد بن عبد الأكبر الأزدي البصري ، أبو العباس المُبَرِّد . إمام أهل النحو في زمانه وصاحب المصنفات منها : كتاب الكامل والروضة والمقتضب وغير ذلك . كان فصيحا مفوها علامة ثقة . ولد سنة (٢١٠ هـ) وتوفي سنة (٢٨٦ هـ) وقيل سنة (٢٨٥ هـ) . (انظر : طبقات النحويين واللغويين ص ١٠١ وتاريخ بغداد ٣٨٠/٣ ترجمة رقم ١٤٩٨ وشذرات الذهب ١٩٠/٢)
(٦) كتاب الكامل للمبرد النحوي وهو في اللغة ، روي عنه هذا الكتاب أبو الحسن علي بن سليمان الأخفش النحوي المتوفي سنة ٣١٥هـ ، قال : هذا كتاب يجمع فنون الآداب بين كلام منثور وشعر مرصوف ومثل سائر وموعظة بليغة ، واختيار من خطب شريفة ورسائل لطيفة ، والنية فيه أن يفسر كل ما وقع في هذا الكتاب من كلام غريب أو معنى مستغلق إلخ . شرحه محمد بن يوسف المازني (السرقسطي) المتوفي سنة (٥٣٨ هـ) انظر : كشف الظنون (١٣٨٢/٢) . وكتاب الكامل هذا مطبوع متداول طبعته دار نهضة مصر للطبع والنشر في جزئين بتعليق محمد أبو الفضل إبراهيم وزميله ، دون سنة الطبع .
(٧) في ب و ج (الصفر) .
(٨) لم أجده في كتاب الكامل للمبرد . وقد أخرج ابن أبي شيبة عن مكحول عن زيد بن ثابت : في الصَّعَر إذا لم يلتفت الدية كاملة . انظر : مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات باب إذا أصابه صعر ما فيه (١٧١/٩) كما أخرجه عبدالرزاق في مصنفه كتاب العقول باب الصعر (٣٥٩/٩) وابن حزم في المحلى (١٨٢/١٢) والصَّعَر هو ميل في العنق وانقلاب في الوجه إلى أحد الشدقين . انظر : المصباح المنير (٤٦٤/١) . وفيه كمال الدية عند الحنفية . قال الإمام الكاساني : وفي الصعر وهو اعوجاج الرقبة كمال الدية ؛ لوجود تفويت منفعة مقصودة وتفويت الجمال على الكمال . انظر : البدائع (٣١٢/٧) . أما عند الشافعية ؛ فإنه يجب في تعويج الرقبة وتصعير الوجه الحكومة لأنه إذهاب جمال من غير منفعة فوجبت فيه الحكومة . انظر : المهذب (٢٠٨/٢) .
(٩) في ب و ج (يثبت) . (١٠) في ب و ج (الكمال) .
(١١) كذا في ب و ج ، وفي أ (لا) . (١٢) في ب و ج (فإتلافه) .
(١٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٦٢ وعبارته : لنا : أنه إتلاف شعر فأشبه شعر الصدر .

٢٦٩٦٣ - [قلنا] [١] : (لأنه) [٢] ليس بكليته جمال كامل ، ولا في فواته نقص كامل ؛ لأنه لا يظهر في العادة ، وشعر اللحية بخلافه [٣] .

٢٦٩٦٤ - قالوا : ما لا يجب بإتلافه من العبد كمال القيمة لا يجب بإتلافه من الحر كمال الدية ، كالعين القائمة [٤] واليد الشلاء [٥] .

٢٦٩٦٥ - قلنا : هذه المسألة فيها روايتان [٦] ، فإذا لم نسلم الأصل ؛ سقط . وإن سلمنا ؛ فلأن قيمة العبد لا يجوز أن يجب إلا فيما (يفقد) [٧] به منافعه أو بما فيه ، حتى يصير الباقي منه كالمستهلَك ، وهذا لا يوجد في لحيته وشعر رأسه ، وليس كذلك الحر . لأن ديته تجب فيما لا يصير مستهلكا به ، بدلالة أن استهلاكه لا يؤثر في بدله ، ألا ترى أن الأعمى المقطوع اليدين والرجلين ديته كدية الصحيح ، فلما لم يؤثر نقصه في بدل نفسه ، جاز أن تجب ديته فيما لا يستهلكه ؟ ولما كان المقصود من العبد المتولى [٨] بقيمته ، ونقصه يؤثر في القيمة ؛ لم يجز لنا إيجاب القيمة إلا فيما يصير به [٩] مستهلكا دون غيره .

٢٦٩٦٦ - ولأن الجمال غير مقصود في العبد وهو مقصود في (الأحرار) [١٠] (فلذلك) [١١] جاز أن يختلفا في تقدير أرش ما يقصد به الجمال .

٢٦٩٦٧ - قالوا : الشعر لا منفعة فيه ، وإنما فيه زينة فصار كالعين القائمة واليد

---

(١) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة ، ومن المؤكد سقوطه منها ؛ لأن ما بعده جواب الإمام القدوري رحمه الله .

(٢) في ب و ج (أنه) .

(٣) وكذلك شعر الرأس يختلف عن شعر البدن ؛ لأن شعر الرأس جمال ، ألا ترى أن من عدمه خلقة يتكلف في سترة ، بخلاف شعر الصدر والساق ؛ لأنه لا يتعلق به جمال . انظر : الهداية مع البناية (١٠/١٤٣) .

(٤) العين القائمة : قال الأزهري : هي التي بياضها وسوادها صافيان لكن لا يبصر بها . انظر : تصحيح التنبيه للنووي ص ١٣٣ .

(٥) انظر : الحاوي للماوردي (١٢/١٧٤) وعبارته : ولأنه شعر لا يجب في العبد منه مقدر ؛ فلم يجب في الحر منه مقدر كشعر الجسد ، ولأن من لا يجب في شعر جسده مقدر لا يجب في شعر وجهه مقدر كالعبد .

(٦) عند الحنفية توجد روايتان في شعر العبد ولحيته . روى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجب كمال القيمة اعتبارا بالدية في الحر لفوات الجمال . وفي ظاهر الرواية يجب نقصان القيمة لأن المقصود في العبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال فيجب نقصان القيمة بخلاف الحر فإن المقصود فيه الجمال . والتخريج على ظاهر الرواية : انظر : البناية مع الهداية (١٠/١٤٤) والبدائع (٧/٣١٢) .

(٧) في ج (تعتد) .

(٨) كذا في النسخ الثلاثة .

(٩) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(١٠) كذا في أ و ج ، وفي ب (الإخوان) .

(١١) في ب و ج (فكذلك) .

٢٦٩٦٨ - قلنا : المقصود من (العين) [٢] واليد المنفعة ، والجمال فيها تابع ؛ فلم يجب كمال الدية بفوات ما ليس بمقصود فيها ، وأما الشعر : فلا يقصد (به) [٣] إلا الجمال ، وفوات المقصود فيه يجوز أن (يوجب) [٤] (المقدر ، ولأن العين القائمة الجمال ليس بكامل [٥] ، لأن صاحبها يتجمل بها عند من لا يعرفها ، ولا جمال) [٦] فيها عند العالم بها ، والجمال إذا لم يكمل كالمنفعة التى [لم] [٧] تكمل .

٢٦٩٦٩ - قالوا : الجمال الكامل غير مقصود ، لأن الخَلق تختلف واللحى تختلف .

٢٦٩٧٠ - قلنا : هذا أمر يعرفه كل محصل كما يعرف المنفعة الكاملة ، وقولهم : اللحى تختلف بالكلام على (العام) [٨] الغالب وعلى موضوعها .

٢٦٩٧١ - فإن قيل : [يبطل] [٩] بحلق نصف اللحية ؛ فإن الشين به أكثر من الشين بحلق جميعها .

٢٦٩٧٢ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن الحلق إذا حصل في نصفها أمكن أن يستره ويتجمل بالجانب الآخر [١٠] . وألزموا عليه إذا دَمِيَتْ [١١] جِلدة [١٢] الوجه .

---

(١) انظر : المهذب للشيرازي (٢٠٨/٢) وعبارته : لأنه إتلاف جمال من غير منفعة فلم تجب فيه غير الحكومة كإتلاف العين القائمة واليد الشلاء . وقد رد علي ابن قدامة على هذا القياس بأنه قياس مع الفارق فقال : وما ذكروه ممنوع فإن الحاجب يرد العرق عن العين ويفرقه ، وهدب العين يرد عنها ويصونها فجرى مجرى أجفانها ، وينتقض ما ذكروه بالأصل الذي قسنا عليه ، ويفارق اليد الشلاء ، فإنه ليس جمالها كاملا . انظر : المغني مع الشرح الكبير (٥٩٧/٩) .

(٢) كذا في أ و ج ، وفي ب (الدين) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) في ب و ج (يجب) .

(٥) وكذلك اليد الشلاء الجمال فيها ليس بكامل .

(٦) من قوله : المقدر إلى قوله : ولا جمال ساقط من ب و ج .

(٧) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة ، والظاهر سقوطه منها لأن السياق يقتضيه .

(٨) في ب و ج (العالم) .

(٩) في النسخ الثلاثة (ينطلق) .

(١٠) عند الحنفية : إذا حلق نصف اللحية فيه نصف الدية . قال بعض الأصحاب : كمال الدية لفوات الجمال بحلق البعض . ولو حلق بعض اللحية ولم تنبت قال بعضهم : تجب فيه حكومة عدل . قال في شرح الكافي : والصحيح كل الدية لأنه في الشين فوق من لا لحية له أصلًا . انظر : البناية على الهداية (١٤٤/١٠) وحاشية ابن عابدين (٣٧٠/٥) .

(١١) دَمِيَ الجرح دَمىً ودميا : خرج منه الدم وسال . انظر : المعجم الوسيط (٣٠٨/١) .

(١٢) الجلدة : القطعة من الجلد . انظر : المعجم الوسيط (١٣٤/١) .

٢٦٩٧٣ - قلنا : لا رواية في ذلك ، وظاهر مذهبهم يدل على وجوب الدية وألزموا الأظفار [١] . وكان شيخنا أبو بكر الخوارزمي [٢] يقول : يجب فيها كمال الدية . وكان شيخنا أبو عبد الله الجرجاني [٣] يقول : لا تجب فيها الدية .

٢٦٩٧٤ - لأن الأظفار المقصود منها المنفعة ، وفواتها لا يفوت المنافع من الأصابع بكمالها .

٢٦٩٧٥ - قالوا : [٤] لو قطع الأجفان [٥] وجب فيها الدية ، و (دخلت) [٦] الأهداب [٧] فيها [٨] ، (فإذًا) [٩] الأهداب تابعة ، و [لا] [١٠] يجب بها على الانفراد دية أصله الكف مع (الأصابع) [١١] .

٢٦٩٧٦ - قلنا : يبطل باللسان ، فإنه إذا قطعه وجبت الدية ودخل أرش الكلام فيها بذهاب الكلام [١٢] ، على (قول) [١٣] هذا ، الكلام تابع ، ولو ضرب رأسه فذهب الكلام وجبت الدية ، وكذلك لو قطع العين والأجفان وجبت الدية ، ولو أفرد الأجفان وجبت الدية ، ولو أتلف النفس وجبت الدية ودخلت الأعضاء فيها ، وإن كان لو أفرد الأعضاء وجب فيها الديات .

---

(١) انظر : الحاوي للماوردي (١٧٤/١٢) حيث قال : لأن ما جرت العادة بإزالته عند تجاوزه حده لم تجب الدية في إزالة أصله كالأظفار ، ثم في الأظفار مع الجمال نفع ليس في الشعر لأن الأنامل لا يتصرف إلا بها فنقص حكم الشعر عنها . (٢ ، ٣) سبق ترجمته .

(٤) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٦٢ وعبارته : ولأن الأهداب تدخل فيها الجفن وما تبع الطرف في الأرش لم يتقدر بالدية كالكف مع الأصابع والأظفار مع الأصابع .

(٥) الأجفان : جمع الجَفْن وهي غطاء العين من أعلاها وأسفلها . والجمع على أَجْفُن وأجفان وجُفُون . انظر : المعجم الوسيط (١٣٢/١) . (٦) في ب و ج (وجبت) .

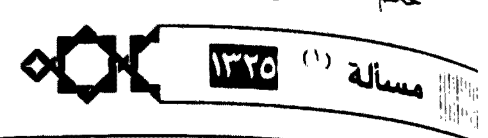
(٧) الأهداب جمع الهُدبَة : وهي شعر أشفار العين . انظر : المعجم الوسيط (١٠١٥/٢) .

(٨) هذا أيضًا لو قطع الجفون بأهدابها ففيه دية واحدة عند الحنفية ؛ لأن الكل كشيء واحد ، فصار كالمارن مع القصبة . انظر : الهداية مع البناية (١٤٩/١٠) . وهو وجه عند الشافعية والوجه الثاني عندهم : أنه يجب في الأهداب حكومة ؛ قال الشيرازي ما نصه : وإن قلع الأجفان وعليها الأهداب ففيه وجهان : أحدهما : لا يجب للأهداب حكومة لأنه شعر نابت في العضو المتلف فلا يفرد بالضمان كشعر الذراع . والثاني : يجب للأهداب حكومة ، لأن فيها جمالًا ظاهرًا فأفردت عن العضو بالضمان . انظر : المهذب (٢٠١/٢) . (٩) في أ (وإذًا) وما أثبته من ب و ج .

(١٠) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة ، والصواب هو إضافته ليستقيم الكلام ؛ لأن عند الشافعية لا تجب الدية في الأهداب على الانفراد . (١١) في ب و ج (الإصبع) .

(١٢) ما ذكره الإمام القدوري ملزم للشافعية ؛ لأن عندهم إذا استؤصل لسانه بالقطع وأبطل كلامه لم يلزمه إلا دية واحدة . انظر : الروضة (٢٩٩/٩) ومغني المحتاج (٧٢/٤) .

(١٣) كذا في ج ، وفي أ و ب (القود) .



مسألة (١) ١٣٢٥

حكم ما إذا قطع ولي القتيل يد القاتل ثم عفا عنه

٢٦٩٧٧ - قال أبو حنيفة [رَحِمَهُ اللَّهُ] : إذا ثبت له (القصاص) (٢) في النفس فقطع يده ثم عفا ضمن دية اليد .

٢٦٩٧٨ - وقالا : لا ضمان عليه (٣) . وبه قال الشافعي (٤) [رَحِمَهُ اللَّهُ] .

٢٦٩٧٩ - لنا : قوله (ﷺ) (٥) : « وفي اليدين الدية ، وفي أحدهما نصف الدية » (٦) .

٢٦٩٨٠ - ولأنه استوفى ما ليس بحق له ، بدلالة أن الإمام يمنعه من ذلك ويعزره إذا

---

(١) مكانها بياض في ب . (٢) في ب و ج (قصاص) .

(٣) انظر : الأصل لمحمد بن الحسن (٥٠٥/٤) حيث قال : ولو قطع يده ثم عفا عنه كانت عليه دية اليد ؛ لأنه أخذها بغير حق . وهذا قول أبي حنيفة . وفيها قول آخر قول أبي يوسف ومحمد : إنه لا ضمان عليه من قبل أنه كانت له النفس ، ألا ترى أنه لو مات منها كان أخذ حقه . انظر كذلك الجامع الصغير ص ٥٠٤ ومختصر الطحاوي ص ٢٤٠ والمبسوط (١٥٠/٢٦) . وبقول الإمام أبي حنيفة قال زفر بن الهزيل رَحِمَهُ اللَّهُ ، جاء في مختصر اختلاف الفقهاء لأبي بكر الجصاص ورقة ٢٣٧أ ما نصه : قال أبو حنيفة وزفر : ولي القتيل إذا قطع يد القاتل وعفا عنه ، فعليه دية اليد في ماله . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي : لا شيء عليه ويعزر . اهـ . وبقول الإمام أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ : قالت الحنابلة : قال ابن قدامة : إذا زاد مستوفي القصاص في النفس على حقه مثل أن يقتل وليه فيقطع المقتص أطرافه أو بعضها نظرنا ، فإن عفا عنه بعد قطع طرفه ؛ فعليه ضمان ما أتلف بديته . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٩١/٩) .

(٤) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٨ حيث قال : إذا وجب له القصاص في النفس فقطع يده ؛ ثم قال الخطيب الشربيني : توجيه هذا القول : لأنه قطع عضوًا من مباح له دمه ؛ فكان كما لو قطع يد مرتد . انظر : مغنى المحتاج (٥٢/٤) . وعند المالكية : يقتص من الولي أو غيره إن قطع طرف القاتل ، جاء في الخرشي على مختصر خليل (٦/٨) ما نصه : إن فقئت عين القاتل أو قطعت يده ولو من الولي بعد أن أسلم له ، فله القود ، يعني أن القاتل إذا تعدى عليه رجل أجنبي أو ولي الدم فقطع يده عمدًا أو خطأً فله القصاص على من فعل به ذلك ؛ سواء كان الفاعل أجنبيًا أو ولي الدم ، سواء فعله بعد أن أسلم إليه أو قبله ، ثم يقتلونه بعد ذلك ، لأن أطراف القاتل معصومة بالنسبة إلى مستحق الدم وإلى غيره ، وله أخذ الدية في الخطأ . اهـ .

(٥) في ب و ج (ﷺ) .

(٦) لم أجده بهذا اللفظ . وقد أخرج عبد الرزاق عن الزهري : أن رسول الله ﷺ قضى في اليدين بالدية وفي الرجلين بالدية . انظر : مصنف عبد الرزاق كتاب العقول باب اليد والرجل (٣٨٠/٩) وأخرج ابن أبي شيبة عن رجل من آل عمر قال : قال رسول الله ﷺ : في اليد خمسون . انظر : مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات باب اليد كم فيها ، (١٨٠/٩) . يراجع نصب الراية .

(فعل) [١] ، وإنما لا يجب به الضمان في الحال .

٢٦٩٨١ - لأن حقه في النفس (بحاله ، وما دون النفس يتلف تبعًا لها ، فإذا عفا سقط حقه من النفس ؛ فوجب ضمان اليد كما لو قطع بعد العفو . فلأن حقه في النفس) [٢] غير متبعض إذا عفا انصرف عفوه إلى أصل حقه ، فبقيت اليد المتقومة مأخوذة بغير حق فتعلق به الضمان .

٢٦٩٨٢ - ولأن [٣] النفس وما دونها في حكم الجنسين المختلفين ، ولهذا يعتبر في الأطراف المماثلة ولا يعتبر في النفوس ، ومن ثبت له جنس حق فاستوفى غيره ثم أسقط حقه ضمن ما استوفاه . أصله : الديون .

٢٦٩٨٣ - ولأنه استوفى يدًا مقومة من نفس (متقومة) [٤] ، وإنما لم يجب الضمان في الحال ؛ لأنه يجوز أن يقتص فيما هو حقه (و) [٥] مستحق النفس تابعة لحقه ، فإذا (عفا) [٦] زال هذا المعنى ، وإنما الضمان إذا لم يتعجل بمعنى فزال ذلك المعنى وجب الضمان ، كمن قطع الطرف ابتداء لا يوجب القصاص ولا الضمان قبل البرء ، ويجوز أن يسري فإذا استقرت الجناية وجب الضمان (لزوال) [٧] المعنى في الضمان ، كذلك في مسألتنا .

٢٦٩٨٤ - احتجوا : بأنه أتلف جزءًا من (بدنه) [٨] في حال إباحة قتله فإذا (ورد) [٩] عليه (الحظر) [١٠] لم يضمن ذلك الجزء كمن قطع (يد) [١١] مرتد ثم أسلم [١٢] .

٢٦٩٨٥ - قلنا : لا نسلم أنه مباح القتل ، بل قتله محظور بدلالة أنه ليس لغير الولي

---

(١) في ب و ج (فعله) .
(٢) من قوله : بحاله إلى تمام قوله : فلأن حقه في النفس . ساقط من ب و ج .
(٣) في ب (فلأن) .
(٤) في ب و ج (مقومة) .
(٥) في أ (وهو) وما أثبته من ب و ج .
(٦) ما بين القوسين ساقط من ج .
(٧) في ب (كزوال) .
(٨) في ج (بدن) .
(٩) في ب و ج (أورد) وهي تحريف . والصواب ما أثبته .
(١٠) في ب (الحصر) وفي ج (العفو) ، وما أثبته من أ .
(١١) كذا في أ و ج ، وف في ب (يده) .
(١٢) انظر : المبسوط للسرخسي (١٥٠/٢٦) وعبارته : لأنه استوفى طرفًا من نفس لو استوفاها لم يضمن فكذلك إذا استوفى جزءًا منها لم يضمن كما لو قطع يد مرتد . وقال الخطيب الشربيني : لأنه قطع عضو من مباح له دمه فكان كما لو قطع يد مرتد . انظر : مغني المحتاج (٥٢/٤) .

قتله ، ومن قتله وجب (عليه القصاص) (١) ، وإنما جُوِّز (للولي) (٢) أن يستوفى حقه بقتله بدلا عن نفس المقتول ، وكيف نسلم الإباحة ، ولأن أخذ الطرف محظور ، فاعتبار الحظر فيما تناوله القطع أولى من اعتبار الإباحة و (٣) غيره .

٢٦٩٨٦ - فأما المرتد فقطع طرفه مباح عندنا ، وإتلاف نفسه قتله بدلالة أن كل من قتله لم يتقوم دمه عليه (فطريان) (٤) الحظر لا يمنع ، وفي مسألتنا اليد مقومة والنفس (متقومة) (٥) وإنما لم يتعجل الضمان بمعنى ، وقد زال ذلك المعنى فوجب الضمان .

٢٦٩٨٧ - قالوا (٦) : كل (قتل) (٧) لم يعقبه القتل لم يضمن إذا لم يتعقبه القتل [لم يضمن ، كقطع المرتد وكمن قطع عضوًا من (الصيد ثم أحرم) (٨) .

٢٦٩٨٨ - قلنا : إذا تعقبه القتل] (٩) لم يسقط حقه في النفس ، والطرف مستحق على وجه التبع لحقه فإذا وجد شرط الاستحقاق فيه لم يضمنه ؛ لأنه إنما خالف في صفة الاستيفاء ، ومن عفا فقد أسقط حقه ، فزال الشرط الذي استحق إتلاف الطرف تابعًا له وهو مقوم في نفسه فضمن . والمعنى في المرتد ما قدمناه ، (والصيد) (١٠) مثله .

٢٦٩٨٩ - [قالوا] (١١) : (لأنه) (١٢) استوفى في الطرف (قصاصًا) (١٣) في اليد

---

(١) في ج (القصاص عليه) .

(٢) في ب و ج (الولي) .

(٣) كذا في النسخ الثلاثة .

(٤) كذا في ب و ج ، وفي أ (فطريات) .

(٥) في ب و ج (مقوم) .

(٦) انظر : المبسوط للسرخسي (٢٦/١٥٠) وعبارته : والدليل عليه أنه لو أعقب القطع قتلًا لم يضمن شيئًا وكان ذلك باعتبار ثبوت حقه في الطرف فكذلك إذا أعقبه عفوًا ، لأنه في العفو محسن وإحسانه لا يكون موجبًا عليه الضمان ، يوضحه أنه بعد العفو لو سرى إلى النفس لم يضمن شيئًا . والقطع الساري أفحش من المقتصر . وإذا كان لا يضمن بعد العفو إذا سرى شيئًا ، فإذا اقتصر أولى أن لا يضمن . وانظر كذلك النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٨ وعبارته : حظر ورد بعد قطع اليد فلم يوجب ضمان اليد كإسلام المرتد بعد قطع اليد ودخول الصيد إلى الحرم بعد قطع اليد .

(٧) كذا في النسخ الثلاثة .

(٨) في أ (العبيد ثم جرح) وهي تحريف ، وهي ساقطة من ب و ج . والصواب ما أثبته .

(٩) من قوله : لم يضمن إلى آخر قوله : إذا تعقبه القتل ساقط من ب و ج .

(١٠) في أ (والقطع) . وما أثبته من ب و ج .

(١١) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة ، والصواب إثباته ؛ لأن ما بعدها دليل المخالف .

(١٢) في النسخ الثلاثة (لأنه) .

(١٣) في النسخ الثلاثة (قصاص) والصواب ما أثبته لموافقته قواعد اللغة العربية .

فقطع أصبعًا منها ثم عفا لم يضمن ، وإن كان حقه لم يثبت في الأصبع إلا على طريق التبع ، كذلك في مسألتنا [١] .

٢٦٩٩٠ - قلنا : من أصحابنا من منع هذا وقال : الخلاف في المسألتين (واحد) [٢] ، يجب ضمان الأصبع كما يجب ضمان اليد (فلا) [٣] فرق بينهما .

٢٦٩٩١ - ومنهم من فرق بين المسألتين فقال : إن القصاص إذا ثبت في اليد فقد ثبت في جملتها وأجزائها ؛ بدلالة أن رجلًا لو قطع يمين رجلين ؛ ثبت لكل واحد منهما القصاص في يمينه ، فلو قطع أحدهما أصبعًا من كفه ، وقطع الآخر الكف ببقية الأصابع ؛ وجب لقاطع الأصبع أربع أخماس دية اليد ، ووجب (للآخر) [٤] خمس دية اليد ، فلو كان الحقُّ الكَفُّ والأصابع تبع لم يجب لقاطع الكف شيء ، فلما وجب به خمس الدية دل على (أن) [٥] الحق (في الأصابع والكف) [٦] تبع ، فإذا قطع الأصبع فقد أخذ بعض حقه ، فانصرف عفوه إلى ما بقي .

٢٦٩٩٢ - وفي مسألتنا الحق في النفس والأطراف تبع ، فإذا استوفى الطرف فقد استوفى ما ليس بحق .

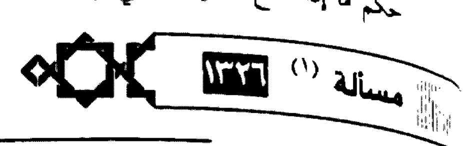
٢٦٩٩٣ - ولأنا بيّنّا أن القصاص في النفس وما دونها في حكم الجنسين من الحق ، فلما استوفى (غير) [٧] جنس حقه ثم عفا فقد أسقط حقه عن جنس (والمستوفى غيره) [٨] ، فأما في مسألة الإلزام فما دون النفس جنس واحد ، فإذا عفا انصرف عفوه إلى ما بقي ؛ لأن المستوفي من جنس حقه .

* * *

---

(١) وفي هذا المعنى قال الإمام السرخسي في مبسوطه ١٥٩/٢٦ ما نصه : ولأن العفو إسقاط فإنما ينصرف إلى الباقي لا إلى المستوفي كمن قطع يد إنسان ثم قطع من له القصاص أصبعًا من أصابعه ثم عفا عن اليد لم يضمن أرش الأصبع والأصابع للكف بمنزلة الأطراف للنفس .

(٢) في ب و ج (سواء) .
(٣) في ب و ج (لا) .
(٤) كذا في ب و ج ، وفي أ (الآخر) .
(٥) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(٦) في أ (في الكف والأصابع) وهو خطأ ، وما أثبته من ب و ج .
(٧) في ب و ج (في غير) .
(٨) في أ (المستوفي وغيره) ، وما أثبته من ب و ج .



حكم ما إذا قطع ذكر الخَصيّ والعِنيْن

٢٦٩٩٤ - قال أصحابنا رحمهم الله : إذا قطع ذكر الخَصِيّ (٢) أو العِنِّين (٣) وجب عليه حكومة (٤) .

٢٦٩٩٥ - وقال الشافعي رحمه الله : يجب عليه كمال الدية إن كان ينقبض وينبسط (٥) .

(١) مكانها بياض في ب .

(٢) الخصي : الذي سُلَّ أنثياه وبقي ذكره ، فعيل بمعنى مفعول من الخصاء من باب ضرب . انظر : طلبة الطلبة ص ١٣٧ .

(٣) العِنِّين : هو الذي لا يقدر على إتيان النساء . انظر : المغرب ص ٣٢٩ .

(٤) انظر : الأصل لمحمد بن الحسن (٤/٤٥٤/٤٥٥) حيث قال : وفي ذكر الخصي ، ولسان الأخرس ، واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين القائمة والسن السوداء وذكر العنين حكم عدل . بلغنا بعض ذلك عن إبراهيم النخعي . وانظر كذلك : المبسوط (٢٦/٨٠) وتحفة الفقهاء (٣/١٦٨) . وذلك أن المنفعة وهي الإيلاج والإحبال هي المعتبرة من هذا العضو فإذا عدمت لا يجب فيها دية كاملة كالعين القائمة والرجل الشلاء . انظر : تبيين الحقائق (٦/١٣٥) . وهذا قول مرجوح عند المالكية . انظر : التاج والإكليل (٦/٢٦١) . وهو رواية عن الإمام أحمد وهو المذهب عند الحنابلة وعليه الأصحاب . وهو قول الثوري وقتادة وإسحاق . انظر : الإنصاف (١٠/٨٨) والمغني والشرح الكبير (٩/٦٢٨) .

(٥) قال الإمام الشافعي في الأم (٦/١٣٠) ما نصه : وإذا قطع الذكر فأوعب ففيه ؛ الدية تامة ؛ لأنه في معنى الأنف ؛ لأنه من تمام خلقة المرء ، وأنه ليس في المرء منه إلا واحد ، ولم أعلم خلافًا في أن في الذكر إذا قطع الدية تامة ، وقد يخالف الأنف في بعض أمره ، وإذا قطعت حشفته فأوعب ففيها الدية تامة ، ولم أعلم في هذا بين أحد لقيته خلافًا . وسواء في هذا ذكر الشيخ الفاني الذي لا يأتي النساء إذا كان ينقبض وينبسط ، وذكر الخصي ، والذي لم يأت امرأة قط ، وذكر الصبي لأنه عضو أبين من المرء سالم ولم تسقط فيه الدية بضعف في شيء منه ، وإنما يسقط أن يكون فيه دية تامة بأن يكون به كالشلل فيكون منبسطًا لا ينقبض أو منقبضًا لا ينبسط ، فأما بغير ذلك من قرح فيه أو غيره من عيوبه جزام أو برص أو عوج رأس فلا تسقط الدية فيه بواحد من هذا . اهـ . وواضح من نص الإمام الشافعي أنه يسوى بين الذكر السليم وبين ذكر الخصي والعنين في وجوب الدية إذا كان سليمًا من الشلل . قال الشيرازي : ويجب في الذكر الدية لما روي أن النبي ﷺ كتب مع عمرو بن حزم إلى اليمن : « وفي الذكر الدية » ويجب ذلك في ذكر الشيخ والطفل والخصي والعنين لأن العضو في نفسه سليم . انظر : المهذب (٢/٢٠٧) . وإيجاب الدية في ذكر الخصي والعنين هو القول الراجح عند المالكية . انظر : التاج والإكليل (٦/٢٦١) . وهو رواية عن الإمام أحمد وهو قول ابن المنذر . انظر : المغني والشرح الكبير (٩/٦٢٨) . وهناك رواية ثالثة عن الإمام أحمد وهي : أنه يجب في ذكر الخصي والعنين ثلث الدية . ذكرها المرداوي في الإنصاف (١٠/٨٨) . وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى =

٢٦٩٩٦ - لنا : أن المقصود من الذكر اللذة التي تحصل بالوطء ، وإيصال الماء (للرحم) [١] ، وقد عدمت هذه المنفعة منه في الحالة التي بلغ كماله ، فصار كاليد الشلاء والعين القائمة [٢] . ولا يلزم ذكر الصبي ، لأنه لم يبلغ إلى حد كماله ، فلم يؤثر (نقصان) [٣] الشهوة ، كما أن يده لم يبلغ حد قوة (يد) [٤] الرجال ولا ينقص ذلك ديتها .

٢٦٩٩٧ - ولا يلزم ذكر الشيخ (الكبير) [٥] ، لأنه تجاوز حد الكمال فصار ذكره كيده المرتعشة التي لا يبطش بها بطش الشاب . وعلى هذا الأصل قال الطحاوي [٦] : إذا قطع الذكر والأنثيين [٧] معا فإن بدأ بالأنثيين وجب دية وحكومة . لأنه لما قطع الأنثيين فاتت منفعة الذكر ، وإن قطعهما عرضا معا وجبت ديتان ، لأنه قطع كل واحد من (العضوين) [٨] ومنفعته كاملة [٩] .

٢٦٩٩٨ - احتجوا : بأن كل ما لو قطعه مع غيره وجب فيه دية إذا قطعه بعد ذلك (الغير) [١٠] وجب فيه دية كاليدين والرجلين .

٢٦٩٩٩ - (قلنا) [١١] : اليدان والرجلان ليس لأحدهما تأثير [للآخر] [١٢] ؛ لأن منفعة كل واحد منهما مع فقد الأخرى ، وليس كذلك الذكر .

٢٧٠٠٠ - لأن المنفعة المقصودة منه تنعدم [١٣] بعدم الأنثيين ، فوزانه

= في ذكر الخصي بثلث الدية فقد أخرج الإمام ابن حزم عن مكحول : قضى عمر في اليد الشلاء ولسان الأخرس وذكر الخصي يستأصل بثلث الدية . انظر : المحلى (١٩٠/١٢) .

(١) في ب و ج (الرحم) .

(٢) وقد اعترض هذا بأن ذكر الخصي سليم وهو قادر على الإيلاج وإنما الفائت الإيلاد والعيب في غير الذكر ، لأن الشهوة في القلب ، والمني في الصلب ، وليس الذكر بمحل لواحد منهما فكان سليمًا من العيب بخلاف الأشل . انظر : مغني المحتاج (٦٧/٤) . وأجيب عن هذا الاعتراض بأن الحبل وإن كان متعلقا بالمني إلا أن الإحبال وإيصال الماء إلى الرحم من منافع الذكر وهو فائت في ذكر الخصي . انظر : إعلاء السنن (١٩٤/١٨) .

(٣) في ج (في نقصان) .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٥) في ج (الكمال) .

(٦) سبق ترجمته .

(٧) الأنثيين : أي الخِصيتين . انظر : طلبة الطلبة ص ٣٢٨ .

(٨) في أ (العوضين) ، وما أبته من ب و ج .

(٩) انظر : مختصر الطحاوي ص٢٤١ وعبارته : وفي الذكر إذا قطع مع الأنثيين عرضا أو بدأ بالذكر ثم بالأنثيين طولا ديتان ، وإذا بدأ بالأنثيين حتى أتى ذلك عليهما وعلى الذكر كان في ذلك دية وحكومة عدل .

(١٠) في ب و ج (العين) .

(١١) في ب و ج (فأما) .

(١٢) في أ (الآخر) وفي ب و ج (وللآخر) وما أثبته هو الأقرب للسياق .

(١٣) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة ، ولعل السياق يقتضيه .

(أن)[1] يقطع يديه فتبطل منافع رجليه ثم (يقطعهما)[2] .

٢٧٠٠١ - قالوا[3] : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « وفي الذكر الدية »[4]

٢٧٠٠٢ - قلنا : وقال في الخبر : « وفي اليدين [الدية][5] ، و (في)[6] الرجلين الدية »[7] ، والمراد بذلك إذا كانت منافعها باقية لم يفت المقصود منها (كذكر)[8] الذكر .

٢٧٠٠٣ - قالوا : الذكر عضو صحيح وإنما عدمت منفعة (إدخاله)[9] في غيره فلا يمنع ذلك من وجوب الدية الكاملة ، أصله إذا قطع الأذن الشاخصة من الأصم .

٢٧٠٠٤ - قلنا : المقصود من الأذن الزينة والمنفعة تبع ، والزينة باقية بكمالها ، و[10] فقد المنفعة التابعة لا يمنع كمال الأرش ، وأما[11] الذكر فالمقصود[12] منه المنفعة التي هي الإنزال والإحبال وهذا المعنى لا يوجد في ذكر الخصي .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٢) في ب و ج (يقطعها) .

(٣) انظر : المهذب للشيرازي (٢١٧/٢) وعبارته : ويجب في الذكر الدية لما روي أن النبي ﷺ كتب مع عمرو بن حزم إلى اليمن : « وفي الذكر الدية » ويجب ذلك في ذكر الشيخ والطفل والخصي والعنين ، لأن العضو في نفسه سليم . وانظر كذلك المغني والشرح الكبير (٦٢٨/٩) . وقد أجيب عن الاستدلال بالحديث بأن قوله : « وفي الذكر الدية » وإن كان مطلقا في الصورة إلا أنه مقيد في المعنى بكونه تام المنفعة ، ولا خلاف في وجوب الدية الكاملة في الذكر إذا كان تام المنفعة ، وذكر الخصي والعنين بخلافه . ويمكن أن يقال أيضًا : بأنكم قد خالفتم ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في ذكر الخصي بثلث الدية . أخرجه ابن حزم عن مكحول . انظر : المحلى (١٩٠/١٢) . وكان ذلك على وجه الحكم ، ولم يعرف له مخالف من الصحابة ، وذكر العنين يقاس عليه . انظر : إعلاء السنن (١٩٧/١٨) .

(٤) ورد ذلك في كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم وقد تقدم تخريجه وأخرج ابن أبي شيبة عن عكرمة عن خالد عن رجل من آل عمر عن النبي ﷺ قال : « في الذكر الدية » . انظر : المصنف لابن أبي شيبة كتاب الديات (٢١٣/٩) برقم ٧١٣٨ .

(٥) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة ، والظاهر سقوطه . وقد أثبته بناء على نص الحديث الذي رواه سعيد بن المسيب . انظر : نصب الراية (٣٧١/٤) .

(٦) ما بين القوسين ساقط من ب .

(٧) قال الزيلعي : روي في حديث سعيد بن المسيب عن النبي ﷺ « وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية » . وقال عنه الزيلعي : غريب . انظر : نصب الراية (٣٧١/٤) . وأخرج عبدالرزاق في المصنف كتاب العقول باب اليد والرجل عن معمر عن الزهري أن رسول الله ﷺ قضى في اليدين بالدية وفي الرجلين بالدية . وجاء في كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم : وفي اليد خمسون وفي الرجل خمسون . وقد تقدم تخريجه ، انظر : ص ١٤٧ .

(٨) في ب (لذكر) .

(٩) في ب و ج (حاله) .

(١٠) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(١١) في ب و ج (فأما) .

(١٢) في ب و ج (والمقصود) .

٢٧٠٠٥ - فإن قيل : منفعة الوطء باقية [١] .

٢٧٠٠٦ - قنا : الوطء يراد للإنزال والنسل وذلك معدوم ، فبقي منفعة الوطء التي ليست (كاملة) [٢] لا توجب كمال الأرش .

٢٧٠٠٧ - قالوا : فوات الأنثيين (لو أوجب نقصًا في الذكر وجب بقطعهما دية وحكومة .

٢٧٠٠٨ - قلنا [٣] : قد وجب ببعض الذكر أرش ودخل في أرش الأنثيين) [٤] ، وهذا كما لو قطع الأصابع وحدها ويدخل ما يجب بقطع الكف في قطع الأصابع .

٢٧٠٠٩ - فإن قيل : منفعة السَبَّابَة [٥] بالإبهام [٦] ؛ لأنه لا يمكن أن يكتب بالسبابة إذا قطع الإبهام ، ثم قطع الإبهام لا يوجب نقصا في السبابة كذلك الآخر .

٢٧٠١٠ - قلنا : الإبهام والسبابة كل (واحدة) [٧] منهما فيها منفعة تخصها وليس (لإحداهما) [٨] تعلق [بالأخرى] [٩] إلا المعاونة ؟ ألا ترى أنه مع بقائهما لا يكتب بإحداهما (لفعل) [١٠] المعاونة ، فأما الذكر فالجماع يقع به خاصة دون الأنثيين ومنفعته بهما (ففواتهما) [١١] يوجب نقصًا فيه .

* * *

---

(١) بل منفعته باقية وهي الإيلاج والماء في الصلب . وانظر كذلك المغني والشرح الكبير (٩/٦٢٨، ٣١٨) ولأن منفعة الذكر الجماع وهو باق فيه .

(٢) في ج (بكاملة) .

(٣) في أ (فلذا) وهو ساقط من ب و ج . والصحيح ما أثبته .

(٤) من قوله : لو أوجب نقصا . إلى آخر قوله : في أرش الأنثيين . ساقط من ب و ج .

(٥) السبابة : الأصبع التي بين الإبهام والوسطى . انظر : المعجم الوسيط (١/٤٢٧) .

(٦) الإبهام : الأصبع الغليظة الخامسة من أصابع اليد والرجل ، جمعه أباهيم وإبهامات . انظر : المعجم الوسيط (١/٧٧) .

(٧) في أ (واحد) ، وما أثبته من ب و ج

(٨) في أ و ب (لأحدهما) ، وما أثبتناه من ج .

(٩) في النسخ الثلاثة (بالآخر) .

(١٠) كذا في النسخ الثلاثة .

(١١) في ب و ج (ففواتها) .



حكم ما إذا اختلف الجاني والمجني عليه في صفة العضو المتلف

٢٧٠١١ - قال أصحابنا رحمهم الله : إذا اختلف الجاني والمجني عليه في صفة العضو المتلف فالقول قول الجاني (٢) .

٢٧٠١٢ - وقال الشافعي رحمه الله : إن كان العضو ظاهرًا كاليد والرجل والعين ؛ فالقول قول الجاني ، وإن كان باطنًا فالقول قول المجني عليه إنه صحيح (٣) .

٢٧٠١٣ - لنا : أنه اختلاف في صفة المتلَف فكان القول فيه قول المتلِف أصله العضو الظاهر .

٢٧٠١٤ - ولأن (٤) ما جعل القول فيه قول المستحق عليه استوى فيه الظاهر والباطن كالأموال .

---

(١) مكانها بياض في ب .

(٢) إن جنى شخص على عضو شخص آخر ثم اختلفا في صفة هذا العضو مثل أن يقطع عضوًا ويدعي شلله، أو يقلع عينا ويدعي عماها أو يقطع ساعدا ويدعي أنه لم يكن عليه كف وينكر المجني عليه ذلك ويدعي سلامتها فالقول قول الجاني عند الحنفية بناء على ما ذكره الإمام القدوري رحمه الله .

(٣) انظر : الحاوي (١٢/١٨٥) حيث قال الماوردي : فقد نص الشافعي في الأعضاء الباطنة كالذكر والأنثيين أن القول قول المجني عليه مع يمينه على سلامتها ، وله القود إلا أن يقيم الجاني البينة على ما ادعاه من شلل . ونص في الأعضاء الظاهرة كاليدين والرجلين والأنف والعينين أن القول قول الجاني مع يمينه في كونها غير سليمة ، ولا قود عليه ولا دية إلا أن يقيم المجني عليه البينة على سلامتها . فاختلف أصحابنا في اختلاف هذين النصين على وجهين : أحدهما : أن اختلافهما محمول على اختلاف قولين . أحدهما : أن القول قول الجاني مع يمينه في الأعضاء الظاهرة والباطنة أنها غير سليمة على ما نص عليه في الأعضاء الباطنة لا قود عليه ولا دية وبه قال أبو حنيفة . لأن الأصل براءة الذمة من قود وعقل فكان الظاهر صدقه . والقول الثاني : أن القول قول المجني عليه مع يمينه في الأعضاء الظاهرة والباطنة على ما نص عليه في الأعضاء الباطنة ، لأن الأصل سلامة الخلقة وثبوت الصحة . والوجه الثاني : وهو قول أبي إسحاق المروزي : أن اختلاف النصين محمول على اختلاف حالين فيكون القول في الأعضاء الظاهرة قول الجاني مع يمينه أنها غير سليمة ، والقول في الأعضاء الباطنة قول المجني عليه مع يمينه أنها غير سليمة . ومما يجدر الإشارة إليه هنا أن المراد بالعضو الباطن هنا : ما يعتاد ستره مروءة . وقيل : ما يجب . وهو العورة . وبالظاهر : ما سواه . انظر : شرح العلامة جلال الدين المحلي على المنهاج (٤/١٢١) .

(٤) في ب و ج (فلأن) .

٢٧٠١٥ - احتجوا : بأن الباطن لا يشاهد فيتعذر إقامة البينة (لصحته) [١] فيجعل القول قوله فيه كما يجعل القول قول المرأة في الحيض إذا علق الطلاق بحيضها فقالت : قد حضت . ولو قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق ، كان القول قوله لأن الدخول معنى ظاهر [٢] .

٢٧٠١٦ - قلنا : الحيض معنى لا يعلمه غيرها فلما علق الطلاق به (دل) [٣] على أنه رضي بقولها ، وصحة العضو معنى يمكن الوقوف عليه من غير المجني عليه فلم يقبل قوله فيه . بيان ذلك : أن من شاهد الدم يخرج من الفرج لا يعلم أنه حيض حتى تخبره ، وفي الأعضاء بخلافه . على أنا قبلنا قولها في الحيض في حق نفسها ولم نقبل ذلك في حق غيرها .

٢٧٠١٧ - لأنه (إذا) [٤] قال لها : (إن) [٥] حضتِ فعبدي حر فقالت : حضتُ ؛ لم يعتق العبد .

٢٧٠١٨ - في مسألتنا يقبل قول (المجني) [٦] عليه على غيره ، وهذا لا يقبل مثله في الحيض .

* * *

---

(١) في ب و ج (بصحته) .

(٢) انظر : المهذب للشيرازي (٢/٢١٥) وعبارته : ويتعذر عليه إقامة البينة في الأعضاء الباطنة والأصل السلامة ؛ فكان القول قول المجني عليه . ولهذا لو علق طلاق امرأته على ولادتها فقالت : ولدت ؛ لم يقبل قولها ؛ لأنه يمكن إقامة البينة على الولادة . ولو علق طلاقها على حيضها فقالت : حضت ؛ قبل قولها ؛ لأنه يتعذر إقامة البينة على حيضها .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) في ب و ج (لو) .

(٥) في ب و ج (إذا) .

(٦) في ب و ج (الجاني) والصواب ما أثبته .



حكم ما إذا قلع سن رجل فنبت له سن مكانها

٢٧٠١٩ - قال أصحابنا رحمهم الله : إذا قلع سن رجل فنبت له سن مكانها سقط الضمان (٢) .

٢٧٠٢٠ - وقال الشافعي رحمه الله في أحد قوليه : يجب الضمان (٣) .

---

(١) مكانها بياض في ب .

(٢) ما قاله الإمام القدوري موافق لما هو مذكور في كتاب الأصل (٤٦٧/٤) لمحمد بن الحسن الشيباني حيث جاء فيه ما نصه : وإذا قلع رجل سن رجل ثم نبتت فلا شيء على القالع . اهـ . وهذا هو الذي ذكره الإمام القدوري في مختصره أيضًا حيث قال في (١٦٠/٣) ما نصه : ومن قلع سن رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الأرش . اهـ . ولم يذكر الإمام محمد أو الإمام القدوري أي خلاف بين الأصحاب في هذه المسألة . لكن بالرجوع لمختصر الطحاوي نرى أن الإمام أبي يوسف روي عنه أنه يلزمه حكومة عدل للألم . قال الإمام الطحاوي : ومن قلع سن رجل فنبتت كما كانت ؛ فلا شيء على القالع في قول أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما ، وقد روي عن أبي يوسف رضي الله عنه أن عليه في ذلك حكومة عدل للألم وبه نأخذ . اهـ . انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٤٥ . وهذا ما ذكر السرخسي أيضًا قال : وإذا قلع الرجل سن رجل أو صبي ثم نبتت ؛ فلا شيء على القالع ؛ لأنه لم يبق لفعله أثر ، وعن أبي يوسف رحمه الله قال : يلزمه حكومة عدل باعتبار الألم الذي لحقه . اهـ انظر : المبسوط (٩٨/٢٦) . وأما صاحب الهداية فقد ذكر أن رأي الصاحبين يختلف عن رأي الإمام فقد قال ما نصه : ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الأرش في قول أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا : عليه الأرش كاملًا . لأن الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى . وله أن الجناية انعدمت معنى فصار كما إذا قلع سن صبي فنبتت ؛ لا يجب الأرش بالإجماع ؛ لأنه لم يفت عليه منفعة ولا زينة . وعن أبي يوسف رحمه الله : أنه تجب حكومة عدل لمكان الألم الحاصل . انظر : الهداية مع البناية (١٧٧/١٧٦/١٠) . وهو ما قاله الزيلعي في تبيين الحقائق (١٣٧/٦) . وبناء على ما في كتاب الأصل ومختصر الإمام القدوري والمبسوط للسرخسي وأيضا قول الإمام القدورى هنا يمكن القول : إن أبا يوسف رحمه الله عنه روايتان : رواية يتفق رأيه في إحداها مع رأي الإمام ، وهو أنه يسقط الضمان في هذه الحالة . وفي الرواية الثانية : يجب حكومة عدل للألم . ويدل عليه ما جاء في كتاب مختصر اختلاف العلماء لأبي بكر الجصاص ورقة ب٢٣٧ حيث جاء فيه ما نصه : قال أصحابنا : إذا قلع سن رجل فنبت فلا شيء على القالع ، وروي عن أبي يوسف من غير هذه الجهة أن على الجاني حكومة لما نال المجني عليه من الألم . ومذهب الحنابلة يتفق مع ما ذهب إليه الإمام أبي حنيفة . قال المرداوي : ولو قلع سن كبير أو ظفره ثم نبتت سقطت ديته ، وإن كان قد أخذها ردها . هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب . وقال القاضي : تجب ديتها . انظر : الإنصاف (٩٨/١٠) . وانظر كذلك المغني والشرح الكبير (٦١٥/٦١٤/٩) .

(٣) انظر : المهذب للشيرازي (٢٩٥/٢) ونصه : فإن قلع سن من قد أثغر ؛ وجبت ديتها في الحال ؛ لأن الظاهر أنه لا ينبت مثلها . فإن أخذ الدية ثم نبت له مثلها في مكانها ؛ ففيه قولان . أحدهما : يجب رد =

٢٧٠٢١ - لنا : أن ضمان السن يجب بفوات الانتفاع بها أو الزينة ، وقد عادت الفائت بكماله فلم يجب (به) [1] على الجاني ضمان ، كما لو شجه فالتحمت وعاد الشعر ، وكما لو قلع سن صبي لم يُثْغَر [2] (فنبتت) [3] وكما لو ضرب عينه فابيضت ثم زال البياض ، أو ضرب رأسه فذهب الكلام ثم عاد ، وكمن حلق شعر غيره فنبت .

٢٧٠٢٢ - ولأن كل معنى يوجب سقوط ضمان الجناية إذا وقعت على الصغير ، سقط الضمان إذا كان على الكبير أصله البراءة والإذن قبل الجناية من مولى العبد الصغير . (أو) [4] أصله إذا نبت الشعر وعاد البصر والسمع .

٢٧٠٢٣ - فإن قيل : سن الصغير معرضة للسقوط وعود ما هو خير منها ، وسن الكبير غير معرضة للسقوط ولا يعود مثلها في العادة [5] .

٢٧٠٢٤ - قلنا : لو أتلف شجرة معرضة للسقوط (فنبتت) [6] من أصلها أخرى خير منها لم يسقط الضمان ، فعُلِم أن سقوط الضمان ممن يُثْغَر ليس هو لهذا المعنى ، (وإنما هو) [7] لأن ضمان الجناية في (الآدمي) [8] يجب (لفوات) [9] زينة أو

= الدية ؛ لأنه عاد له مثلها فلم يستحق بدلها كالذي لم يثغر . والثاني : أنه لا يجب رد الدية لأن العادة جرت في سن من ثغر أنه لا يعود فإذا عادت كان ذلك هبة مجددة فلا يسقط به ضمان ما أتلف عليه . اهـ . وهذا القول الذي ذكره الإمام القدوري هو أظهر القولين عن الإمام الشافعي كما ذكره الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٦٤/٤) حيث قال : والأظهر أنه لو قلع شخص سن مثغور فعادت تلك المقلوعة لا يسقط الأرش . لأن العود نعمة جديدة كموضحة أو جائفة التحمت بعد أخذ أرشها فإنه لا يسترد كما لا يسقط بالتحامها القصاص . والثاني : يسقط لأن العائدة قائمة مقام الأولى . اهـ . وقول المالكية هو كقول الإمام الشافعي رحمه الله، فقد جاء في مواهب الجليل (٢٦٢/٦) ما نصه : إذا عادت سن الصغير سقط القود والعقل ، وأما الكبير إذا قضي له بعقل سنه ثم عادت أو أذنه ثم عادت بعد الحكم فلا يرد شيئًا اتفاقًا . وإن ردتا منه قبل الحكم وعادتا ففي ذلك ثلاثة أقوال ومذهب المدونة : أنه يقضى بالعقل فيها . اهـ . وذهب القاضي من الحنابلة إلى وجوب الضمان ، ذكره المرداوي في الإنصاف (٩٨/١٠) . ومما سبق عرضه من أقوال الفقهاء يمكن القول إن محل الخلاف في هذه المسألة هو في سن الرجل ، أما إن عادت سن الصبي الذي لم تسقط رواضعه فلا يجب الضمان اتفاقا .

(١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٢) لم يُثْغَر : أي لم تسقط سنه بعد . انظر : المغرب ص ٦٧ .

(٣) وفي ب و ج (فنبت) .

(٤) كذا في ج ، وفي أ و ب (و) .

(٥) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٦٢ وعبارته : وسن الصغير يسقط في العادة فلا يعد قلعه إتلافا وهذا بخلافه .

(٦) كذا في ب و ج ، وفي أ (فنبت) .

(٧) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٨) كذا في ب و ج .

(٩) في ب و ج (الفوات) .

منفعة ، فإذا عاد لم يجب شيء .

٢٧٠٢٥ - فإن قيل : سن الصبي لا نوجب ضمانها في الحال انتظارا لعود بدلها ، وكذلك ضمان الشعر وذهاب ضوء البصر ، وسن البالغ يجب ضمانها في الحال ، فدل أن العود (هناك) [1] منتظر فإذا حصل لم يجب شيء ، و [2] العود هنا غير مترقب [3] .

٢٧٠٢٦ - قلنا : هذا الاختلاف إنما هو لأن الله تعالى أجرى العادة أن يعيد سن الصبي ولا يعيد سن البالغ ، وهذا لا يمنع التساوي في سقوط الضمان .

٢٧٠٢٧ - ألا ترى أنه إذا ضرب عينه فابيضت [استُؤْنِيَ] [4] بها ولم يجب ضمانها في الحال ، فإذا استقر البياض وجب الضمان ، فإن زال بعد ذلك سقط الضمان وإن كان زواله في حالة لا ينتظر فيها ، كما سقط إذا زال البياض في ابتداء الحال ، كذلك سن الصبي ، والبالغ مثله .

٢٧٠٢٨ - احتجوا : بما روي في كتاب عمرو بن حزم [5] : « في السن خمس من الإبل » [6] (ولم) [7] يفصل .

٢٧٠٢٩ - قلنا : المراد بذلك إذا زالت ولم تنبت ، بدلالة أن ذلك هو المراد في سن الصبي ، وبدلالة أنه ذكر : « في الموضحة خمس من الإبل » والمراد به ما لم يلتحم ويعود الشعر . وقال : « في العينين الدية » [8] والمراد به إذا لم يعد ضوءها . فلأن الخبر يفيد وجوب الأرش (وهذا) [9] موضع اتفاق ، والخلاف في سقوطه بعد وجوبه ، وذلك موقوف على الدليل .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ب ج . (٢) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٣) انظر : الحاوي للماوردي (٢٧٥/١٢) وعبارته : والأغلب من سن المثغور أن لا تعود ، ومن سن الصغير أن تعود فانتظر بالصغير ولم ينتظر بالمثغور . (٤) في النسخ الثلاثة (استوفى) .

(٥) هو عمرو بن حزم بن زيد بن لوذان الأنصاري ، أبو الضحاك وقيل : أبو محمد الخزرجي . له صحبة . شهد الخندق مع رسول الله ﷺ وبعثه رسول الله ﷺ إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن والديات . توفي ﷺ سنة ٥١ هـ وقيل غير ذلك . انظر : تهذيب الكمال (٥٨٥/٢١) برقم ٤٣٤٧ والتاريخ الكبير للبخاري (٣٠٥/٦) برقم ٢٤٧٨ وشذرات الذهب (٥٩/١) .

(٦) ورد ذلك في كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم ﷺ ، وقد سبق تخريجه في مسألة رقم ٧ .

(٧) في ب (مثل) .

(٨) ورد ذلك في كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم ﷺ ، المسألة رقم ٧ .

(٩) في ب و ج (وهو) .

٢٧٠٣٠ - قالوا : السن لا ينتظر نباتها في ضمان السن [المقلوع] [١] ، فوجب أن لا يسقط أرش المقلوع (بنباتها) [٢] أصله سن أخرى [٣] .

٢٧٠٣١ - قلنا : إذا ضرب عينه فابيضت وانتظرناها واستقر البياض فأوجبنا الضمان ثم زال ، فإن تلك الحالة لا ينتظر بها ، فاستقر زوال البياض في إيجاب الضمان وإن كان زواله لا يجعل كزوال البياض من (عين) [٤] أخرى . والمعنى في ذهاب السن الأخرى (أنه) [٥] لم يعد الانتفاع بالفائت ، وفي مسألتنا عاد الانتفاع (بالفائت) [٦] فسقط الضمان .

٢٧٠٣٢ - قالوا : سن الكبير لا يعود في الغالب فإذا عادت فتلك هبة من الله فلا يسقط الضمان ، كمن قطع شجرة لرجل فنبتت أخرى [٧] .

٢٧٠٣٣ - قلنا : يبطل بزوال البياض بعد استقرار الجناية ، والمعنى في الشجرة (أن) [٨] (الضمان يجب بإتلاف الملك لا بإتلاف) [٩] الانتفاع ، بدلالة أنه لو قطع شجرة نبتت حتى (ملكها) [١٠] بها ضمن قيمتها ، فإذا نبتت أخرى فإتلاف الملك حاصل .

٢٧٠٣٤ - وفي مسألتنا يجب الضمان بتفويت الانتفاع والزينة ، فإذا (عادا) [١١] لم يفت بالجناية شيء فلم يجب الضمان .

* * *

---

(١) في النسخ الثلاثة (المعلوم) وهو تحريف ، والصواب ما أثبته .
(٢) في ب و ج (منها) .
(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٦٢ وعبارته : لنا أنه لا ينتظر نباتها في تضمين المقلوع فلم يسقط أرشها بنباتها كسن أخرى .
(٤) في ب و ج (غير) .
(٥) في ب (إذا) .
(٦) كذا في ب و ج ، وفي أ (الفائت) .
(٧) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٦٢ وعبارته : ولأن هذا شيء ينعم الله تعالى فلا يسقط أرش ما أتلف عليه كما لو قطع له شجرة فنبت مكانها مثلها .
(٨) في ب و ج (إلى) .
(٩) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(١٠) في ب و ج (مالكها) .
(١١) في ب و ج (عاد) .



الأجرة في القصاص

٢٧٠٣٥ - قال أصحابنا رحمهم الله : الأجرة في القصاص على المقتص له (٢) .

٢٧٠٣٦ - وقال الشافعي رحمه الله : على المقصوص منه (٣) .

(١) مكانها بياض في ب .

(٢) بهذا بين الإمام القدوري مذهب الحنفية . وهذا هو القول المشهور عند المالكية . جاء في حاشية الدسوقي (٢٥٩/٤) ما نصه : في المشهور يدفع المستحق الأجرة من ماله . وقيل : إن أجرة القصاص على الجاني لأنه ظالم والظالم أحق بالحمل عليه .

(٣) بالرجوع إلى كتب الشافعية نرى أن الإمام الشافعي رحمه الله يرى أن الأجرة تكون من بيت المال فإن لم يكن فعلى المقتص منه . فقد جاء في مختصر المزني مع الأم (٣٤٩/٨) ما نصه : قال الشافعي رحمه الله : ويرزق من يقيم الحدود ويأخذ القصاص من سهم النبي ﷺ من الخمس كما يرزق الحكام فإن لم يفعل فعلى المقتص منه الأجر كما عليه أجر الكيال والوزان فيما يلزمه . اهـ . وقال الماوردي : ينبغي للإمام أن يندب لاستيفاء الحدود والقصاص رجلًا أمينا يرزق من بيت المال إن لم يجد متطوعا لأنه من المصالح العامة . ويكون من مال المصالح وهو خمس الخمس سهم رسول الله ﷺ من الفيء والغنيمة المعد بعده للمصالح العامة . فإذا استوفى الجلاد القصاص أعطى أجرته منه ، فإن أعوز بيت المال أو كان فيه ولزم صرفه فيما هو أولى منه من سد الثغور وفي أرزاق الجيوش منه ، كانت على المقتص منه أجرته دون المقتص له . انظر : الحاوي (١٩٨/١٢) . هذا هو القول الصحيح عند الشافعية . وفي قول مقابل الصحيح عندهم تكون الأجرة على المقتص وهو يوافق قول الحنفية . فقد قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٤٢/٤) ما نصه : وأجرة الجلاد على الجاني على الصحيح . والثاني : على المقتص . والواجب حينئذ على الجاني التمكين . أما مذهب الحنابلة ، فالصحيح من المذهب عندهم هو ما قاله الشافعية في القول الصحيح من أن الأجرة تؤخذ من بيت المال ، فإن لم يحصل ذلك فمن مال الجاني . وفي وجه تكون على المقتص كما هو مذهب الحنفية . قال ابن قدامة : فإن لم يجد من يوكله إلا بعوض أخذ العوض من بيت المال . قال بعض أصحابنا : يرزق من بيت المال رجل يستوفي الحدود والقصاص ، لأن هذا من المصالح العامة ، فإن لم يحصل ذلك فالأجرة على الجاني ، لأنها أجرة لإيفاء الحق الذي عليه فكانت الأجرة عليه كأجرة الكيال في بيع المكيل . ويحتمل أن تكون على المقتص لأنه وكيله فكانت الأجرة على موكله كسائر المواضع ، والذي على الجاني التمكين دون الفعل . ولهذا لو أراد أن يقتص من نفسه لم يمكن منه . ولأنه لو كانت عليه أجرة التوكيل للزمته أجرة الولي إذا استوفى بنفسه . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٩٥/٩) . وانظر كذلك الإنصاف للمرداوي (٤٨٨/٩) . وعلى هذا يمكن أن نقول إن الحنفية والمالكية على المشهور والشافعية في مقابل الصحيح والحنابلة في وجه يرون أن أجرة استيفاء القصاص تكون على المقتص له . بينما يرى الشافعية على الصحيح والمالكية في مقابل المشهور والحنابلة في الصحيح من المذهب عندهم أن الأجرة تكون على الجاني المقتص منه . ومنشأ الخلاف بينهم كما قال القرافي هو هل =

٢٧٠٣٧ - لنا : أن حق المقتص له تعلق بالطرف و تعين فيه القطع (ليتميز)[١] ما تعلق به حقه (ما لم يتعلق به حقه)[٢] فكانت الأجرة على من ثبت له (الحق)[٣] : أصله : إذا ابتاع ثمرة على رؤوس النخل فجِدادها[٤] على المشتري .

٢٧٠٣٨ - ولا يلزم أجرة الوَزَّان والكَيَّال أنه ليس على من يستوفى منه ؛ لأن حق المستوفي لم يتعين ، وإنما تعين بالكيل والوزن على من عليه (حق)[٥] التعين فكانت الأجرة عليه .

٢٧٠٣٩ - فإن قيل[٦] : (المعنى)[٧] في الأصل أن المشتري ملك الثمرة وتم ملكه فيها ، والقطع تصرف في ملك نفسه فلا تجب أجرته على غيره ، وليس كذلك ها هنا .

٢٧٠٤٠ - لأنه لا يملك اليد والقطع ليس بتصرف في ملكه (فلذلك)[٨] لم تجب (عليه)[٩] .

٢٧٠٤١ - قلنا[١٠] : قسنا على الثمرة قبل التخلية وهناك لم يتم ملك المشتري فيها .

٢٧٠٤٢ - ولأن قطع الثمرة ليس هو تصرف في ملك ، وإنما هو تمييز بين ملكه (وملك غيره)[١١] ، كما أن القطع في مسألتنا تمييز بين ما تعين حقه فيه وما لم يتعين .

٢٧٠٤٣ - ولأن القصاص يستوفى لمنفعة المقتص له خاصة ، فأجرته عليه كسائر الأعمال ، ولا يلزم أجرة الوَزَّان ، لأنه لمنفعة من عليه الدين ، ولهذا الخيار (في

= الواجب التمكين للآخر على الجاني أو التسليم فيجب ، كحكم المسلم فيه . انظر : الذخيرة (٣٤٦/١٢) .

(١) في ب و ج (اليسير) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٣) في ب و ج (حقه) .

(٤) الجِداد : القطع . جَدَّه جَدًّا من باب قتل قطعه فهو جديد فعيل بمعنى مفعول ، وهذا زمن الجِداد والجَداد وأجد النخل : حان جداده وهو قطعه . انظر : المصباح المنير (١٢٦/١) .

(٥) في ب و ج (الحق) .

(٦) انظر : الحاوي للماوردي (١٩٩/١٢) وعبارته : فأما الجواب عن استدلاله بأجرة الجذاذ والنقل فهو أن ذلك تصرف فيما قد استقر ملكه عليه فاختص بمؤنة تصرفه فيه ، وكذلك أجرة منتقد الثمن ، وليس كذلك القصاص . لأنه إيفاء للحق ومؤنة الإيفاء مستحقة على الموفي كما قال تعالى ﴿ فَأَوْفِ لَنَا ٱلْكَيْلَ وَتَصَدَّقْ ﴾ سورة يوسف ٨٨ .

(٧) في ج (المعتبر) .

(٨) كذا في أ و ج ، وفي ب (فكذلك) .

(٩) ما بين القوسين ساقط من أ ، وما أثبته من ب و ج .

(١٠) في النسخ الثلاثة (لأنا) ، والأصوب ما أثبته بناء على أسلوب المؤلف في الكتاب .

(١١) كذا في أ ، وفي ب (وغير ملكه) وفي ج (وملك غيره وغير ملكه) .

التعيين إليه) [١] .

٢٧٠٤٤ - ولأنها عقوبة مستحقة عليه ، فلا (يلزمه) [٢] أجرة المستوفي لها كالحد .

٢٧٠٤٥ - ولأن الأجرة لو وجبت عليه جاز أن يتولى ذلك (بنفسه) [٣] كأجرة (الخبّاز) [٤] .

٢٧٠٤٦ - فإن [٥] قيل : باطل بأجرة (الكيّال والوزّان) [٦] فإنها تجب على المستوفي منه ، ولا يجوز أن يتولى ذلك بنفسه .

٢٧٠٤٧ - قلنا [٧] : يجوز أن يتولى (الكيل) [٨] إذا رضي بذلك صاحب الحق .

٢٧٠٤٨ - احتجوا : بأنه موفى والمقتص له مستوفي ، والأجرة على الموفى دون المستوفي أصله أجرة الكيّال والوزّان [٩] .

٢٧٠٤٩ - قلنا : الذي يجب عليه الإنفاق [١٠] المقتص له ، والمقصوص [١١] منه يجب عليه التخلية دون (الإنفاق) [١٢] فهو كبائع الشيء المعين .

٢٧٠٥٠ - ولأن المعنى في الأصل أن حق المستحق لم يتعين ، وبالكيل (يفعل) [١٣] ما عليه من [التعيين] [١٤] فلا تجب الأجرة على غيره ، وفي مسألتنا قد تعين الحق والقطع للتمييز فهو كما ذكرنا .

---

(١) في ج (إليه في التعيين) .
(٢) في ب و ج (يلزم) .
(٣) كذا في أ ، وفي ب (في نفسه) وفي ج (من نفسه) .
(٤) في ب و ج (الخيار) .
(٥) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة ، ولعله سقط منها ، وقد أثبتنا لأن المؤلف يذكر الاعتراض عادة بلفظ فإن قيل .
(٦) في ج (الوزان والكيال) .
(٧) ما بين المعقوفين في النسخ الثلاثة (لأنه) ، والصواب ما أثبته لأن ما بعده جواب الإمام القدوري .
(٨) في ب (الليل) .
(٩) انظر : الحاوي للماوردي (١٢/١٩٩) وعبارته : ودليلنا هو أن القصاص استيفاء حق فوجب أن تكون أجرته على الموفى دون المستوفي كأجرة الكيال والوزان . وقال ابن قدامة : لأنها أجرة لإيفاء الحق الذي عليه فكانت الأجرة عليه كأجرة الكيال في بيع المكيل . انظر : المغني والشرح الكبير (٩/٣٩٥) .
(١٠) كذا في ب و ج ، وفي أ (الإنفا) .
(١١) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة ، ولعله سقط منها ، والسياق يقتضيه ليستقيم الكلام .
(١٢) في أ (الإنفا) وفي ج (الإبقاء) وما أثبته من ب .
(١٣) في ب و ج (يحفل) .
(١٤) في النسخ الثلاثة (التعين) والصواب ما أثبته .

٢٧٠٥١ - قالوا : نقيس على (من)[١] باع قفيزا من صبرة[٢] .

٢٧٠٥٢ - قلنا : هناك لم يتعين حق المستوفي ولهذا لو هلك إلا قفيزا[٣] تعين البيع فيه .

٢٧٠٥٣ - قالوا : نقيس على من قال : بعتك هذه الصبرة على أنها عشرة أقفزة .

٢٧٠٥٤ - قلنا : الحق لم يتعين[٤] لجواز أن[٥] يزيد فتكون الزيادة للبائع[٦] .

٢٧٠٥٥ - قالوا : إذا قال : بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم .

٢٧٠٥٦ - قلنا : البيع فاسد[٧] عند أبي حنيفة[٨] رحمه الله .

* * *

(١) ساقط من ب .

(٢) الصبْرَة : ما جمع من الطعام بلا كيل ولا وزن بعضه فوق بعض . قال الجوهري : الصبرة واحدة صُبَر الطعام . يقال : اشتريت الشيء صُبرة أي بلا وزن ولا كيل . انظر : لسان العرب ٢٣٩٣/٤ مادة صبر .

(٣) في ج (قفيز) .

(٤) في ب و ج (يعين) .

(٥) في ب (وأن) .

(٦) في ب و ج (من البائع) .

(٧) البيع الفاسد هو ما يكون مشروعًا بأصله دون وصفه ويثبت به الملك إذا اتصل به القبض . ولكل واحد من المتعاقدين فسخه . انظر : البناية (٣٧٤/٦) والاختيار (٢٢/٢) .

(٨) قال الإمام الكاساني : إن قال بعت منك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم ، لم يجز البيع إلا في قفيز منها بدرهم . ويلزم البيع فيه عند أبي حنيفة . ولا يجوز في الباقي إلا إذا علم المشتري جملة القفزان قبل الافتراق بأن كالها فله الخيار إن شاء أخذ كل قفيز بدرهم وإن شاء ترك ، وإن لم يعلم حتى افترقا عن المجلس تقرر الفساد . وعند أبي يوسف ومحمد : يلزمه البيع في كل الصبرة كل قفيز منها بدرهم سواء علم أو لم يعلم . انظر : البدائع (١٥٩/١٥٨/٥) .



حكم عمد الصبي

٢٧٠٥٧ - قال أصحابنا رحمهم الله : عمد الصبي في حكم الخطأ تجب به الدية على عاقلته [1] .

٢٧٠٥٨ - وقال الشافعي رحمه الله في أحد قوليه : تجب به الدية في ماله و تغلظ [2] وتكون حالة [3] .

---

(١) انظر : الأصل لمحمد بن الحسن (٥٥٠/٤) حيث جاء فيه ما نصه : وإذا جنى الصبي جناية عمدًا أو خطأً فهو سواء . عمد الصبي وخطؤه سواء ، وكذلك المعتوه . وأرش ذلك على العاقلة إذا بلغ خمسمائة درهم فصاعدًا . اهـ . يتضح من هذا أنها تكون على العاقلة إذا لم تكن الدية أقل من خمسمائة ، فإن كانت أقل من خمسمائة فتكون في مال الصبي . قال السرخسي في توجيه ذلك : لأن ما دون الخمسمائة في معنى ضمان الأموال ، والإتلاف الموجب للمال يتحقق من هؤلاء كما يتحقق من العقلاء البالغين . فأما الخمسمائة فصاعدًا فهي على عاقلتهم العمد والخطأ في ذلك سواء . انظر : المبسوط (٨٦/٢٦) . وقالت المالكية أيضًا أن عمد الصبي خطا تجب به الدية على العاقلة . فقد جاء في المنتقى (٧٣/٧) ما نصه : قال مالك : الأمر المجمع عليه عندنا أنه لا قود بين الصبيان وأن عمدهم خطأ ما لم تجب عليهم الحدود ويبلغوا الحلم ، وإن قتل الصبي لا يكون إلا خطأً . اهـ . وعند الحنابلة : عمد الصبي خطأ على الصحيح من المذهب . وفي الرواية الأخرى : عمد الصبي العاقل في ماله . قال ابن عقيل والحلواني : وتكون مغلظة . انظر : الإنصاف للمرداوي (١٣٣/١٠) .

(٢) في أ و ج (تنفى) و في ب (يبقى) . وهو تحريف ، وما أثبتناه هو الصحيح .

(٣) انظر : الحاوي للماوردي (٣١٧/١٢) حيث ذكر فيه القولين مع التوجيه فقال : أحدهما : يجرى عليه حكم الخطأ وإن كان في صورة العمد . وهو قول أبي حنيفة . لقول النبي ﷺ : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى ينتبه » . ولأن كل ما سقط فيه القود بكل حال كان في حكم الخطأ كالخطأ . والقول الثاني : أنه يجرى عليه حكم العمد وإن سقط فيه القود . لأن صفة العمد متميزة فكان حكمها متميزا . ولأن الصبي قد وقع الفرق فيه بين عمده ونسيانه إذا تكلم في الصلاة وأكل في الصيام وتطيب في الحج . فوجب أن يقع الفرق بين عمده وخطئه في القتل . لأن كل من وقع الفرق بين عمده وخطئه في العبادات وقع الفرق بينهما في الجنايات كالبالغ العاقل . فإذا صح توجيه القولين وقلنا بالأول منهما أن عمده كالخطأ فالدية مخففة تجب على عاقلته في ثلاث سنين . لأن العاقلة لا تتحمل إلا مؤجلا . وإذا قيل بالثاني أن عمده عمد ، وإن سقط فيه القود فالدية مغلظة حالة تجب في ماله دون عاقلته . ويستوي في ذلك الصبي والمجنون . وسواء كان الصبي مميزا أو غير مميز . انتهى كلام الإمام الماوردي . ويفهم من كلام الإمام الماوردي أن الصبي المميز وغير المميز سواء . ولكن جاء في التحفة ما يخالف هذا ونصه : هذا إذا كان له نوع تمييز وفهم وإلا فخطأ قطعا . انظر : التحفة (٣٩٠/٨) . وهذا القول الثاني الذي يخالف قول الحنفية هو أظهر القولين عند الشافعية . فقد قال النووي : وهو الأظهر . انظر : المنهاج مع مغني المحتاج (١٠/٤) . =

٢٧٠٥٩ - لنا : أنه فعل لا يتعلق به قود بحال [١] ، فكانت الدية فيه على العاقلة كحفر البئر .

٢٧٠٦٠ - ولأن (الأحكام) [٢] المختصة بالعمد المأثم والقود ، وهي لا تتعلق بهذا الفعل فصار كالخطأ .

٢٧٠٦١ - ولأن عمده دون خطأ البالغ بدلالة أنه يلحق البالغ (اللوم) [٣] والإثم في التفريط وترك الاحتراز ولا يلحق الصبي اللوم ، فإذا كان خطأ البالغ لا يتغلظ ونحمله على عاقلته فهذا أولى .

٢٧٠٦٢ - ولأن القصاص سقط عنه (لمعنى) [٤] في نفسه فوجب الضمان على عاقلته ، أصله النائم والمغمى عليه . ولا يلزم الأب إذا قتل ابنه ، لأن القصاص لم يسقط لمعنى في الأب ، بدلالة (أنه لو) [٥] قتل (أخا) [٦] ابنه من أمه لم يكن لابنه قصاص ، فإن كان وارثه غير ابنه كان القصاص ، ولو كان القصاص سقط (لمعنى) [٧] فيه سقط في (الحالتين) [٨] .

٢٧٠٦٣ - ولأن القصاص يعتبر من وجوبه كمال الفاعل والآلة ، فلو نقص كمال الآلة صار كالخطأ في وجوبه على العاقلة ، وكذلك إذا نقص كمال القاتل (بالصغر والجنون) [٩] .

٢٧٠٦٤ - واحتج أصحابنا : بما روي أن مجنونًا سعى على رجل بالسيف ، فقتله فقضى علي (ﷺ) [١٠] بالدية على (عاقلته) [١١] وقال : « عمده وخطأه سواء » [١٢]

= وهذا القول كما قلنا رواية عن الإمام أحمد . وسبب اختلاف الفقهاء تردد فعل الصبي بين العامد والمخطئ . فمن غلب عليه شبه العمد أوجب عليه الدية في ماله . ومن غلب عليه شبه الخطأ أوجبها على العاقلة . قالها ابن رشد في بداية المجتهد (٤١٢/٢) .

(١) هذا أمر متفق عليه بين الفقهاء لقوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ » انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٣٧/٤) ومغنى المحتاج (١٠/٤) والمغني والشرح الكبير (٣٥٧/٩) .

(٢) في ب و ج (أحكام) .

(٣) في ب و ج (اللوم فإذا كان خطأ البالغ) .

(٤) في ب و ج (المعنى) .

(٥) كذا في أ و ب ، وفي ب (لو أنه) .

(٦) في ج (أخ) .

(٧) في ب و ج (بمعنى) .

(٨) في ب و ج (الحالين) .

(٩) في ب و ج (بالصغير والجنون) .

(١٠) في ب و ج (كرم الله وجهه) .

(١١) في ب (قاتله) .

(١٢) أخرجه محمد بن الحسن في كتاب الأصل (٥٥٠/٤) قال : بلغنا أن مجنونًا سعى على رجل بالسيف فضربه فرفع ذلك إلى علي ﷺ ، فجعله على عاقلته وقال : عمده وخطؤه سواء . وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦١/٨) عن علي ﷺ : عمد المجنون والصبي خطأ . قال البيهقي : روي عن علي ﷺ بإسناد فيه ضعف

ولا يعرف له مخالف .

٢٧٠٦٥ - احتجوا : بما روي (عن) (١) ابن عباس (٢) [ﷺ] أن النبي ﷺ قال : « لا تعقل العاقلة عمدًا ولا عبدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا » (٣) .

٢٧٠٦٦ - قلنا : الصحيح (أن) (٤) هذا قول ابن عباس [ﷺ] لم يسنده إلى رسول الله ﷺ . ولأن (إطلاق) (٥) العمد لا يتناول فعل الصبي ، لأن الأحكام المختصة بالعمد لا تتعلق بفعله .

٢٧٠٦٧ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا فيه مائة من الإبل (منها أربعون) (٦) خلفة » (٧) ولم يفصل بين أن يكون (القاتل) (٨) صبيا أو (غيره) (٩) .

٢٧٠٦٨ - قلنا : [هذا] (١٠) فيمن يتغلظ فعله بقصده ، والصبي ممن لا يتغلظ فعله بقصده .

٢٧٠٦٩ - قالوا : ضمان (بالإتلاف) (١١) فاستوى فيه (الصغير والكبير) (١٢) أصله قيم المتلفات .

٢٧٠٧٠ - قلنا : هناك يستوي في أحكامها العمد والخطأ ، وهاهنا يختلف (فيها) (١٣) العمد والخطأ ، فجاز أن يختلف (بالصغر والكبر) (١٤) .

٢٧٠٧١ - قالوا : آدمي يصح منه القتل كالبالغ (١٥) .

---

(١) ما بين القوسين زيادة من ب و ج .
(٢) سبق ترجمته ، انظر ص ٩٠ .
(٣) أخرجه الإمام البيهقي في باب من قال : لا تحمل العاقلة عمدًا ولا عبدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا من كتاب الديات السنن الكبرى (١٠٤/٨) . وذكر الإمام الزيلعي عن ابن عباس ﷺ أنه قال : لا تحمل العاقلة عمدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا ولا ما جنى المملوك . قال الزيلعي : قلت : غريب مرفوعا . انظر : نصب الراية (٣٧٩/٤) . وقال الحافظ ابن حجر : قال ابن الصباغ : لم يثبت متصلا . وإنما هو موقوف على ابن عباس . انظر : تلخيص الحبير (٣١/٤) .
(٤) في ب و ج (من) .
(٥) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(٦) في ب و ج (من أربعين) .
(٧) سبق تخريجه . انظر ١٢٤مسألة رقم ٦ .
(٨) في ب و ج (الفاعل) .
(٩) في ب و ج (بالغا) .
(١٠) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة . ولعله سقط منها ، والسياق يقتضيه .
(١١) في ب و ج (بان بالإتلاف) .
(١٢) كذا في ب و ج . وفي أ (الصغر والكبر) .
(١٣) في ب و ج (فيه) .
(١٤) في ب و ج (بالصغير والكبير) .
(١٥) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٩ وعبارته : لنا أن من جاز تأديبه على القتل جاز أن يتغلظ الدية بقتله كالبالغ .

٢٧٠٧٢ - قلنا : إن أردتم العمد صورة (فكذلك) [١] يوجد فيه ، وإن أردتم أحكام العمد يبطل (بالقصاص) [٢] والمأثم ، ولأن البالغ يصح أن يجب القصاص بعمده ، فجاز أن تجب الدية في ماله بحكم ذلك الفعل ، والصبي لا يجب عليه القصاص (بجنس) [٣] فعله لمعنى فيه ، فلم تجب الدية في ماله .

٢٧٠٧٣ - قالوا : العمد ضد الخطأ فإذا صح منه أحد الضدين [٤] صح منه الآخر .

٢٧٠٧٤ - قلنا : يبطل بالمأثم ؛ فإنه يصح الخطأ [منه] [٥] حكمًا ولا يصح منه العمد ، لأنا قد بينا أن العمد ؛ يصح منه وإنما الخلاف في أحكامه .

٢٧٠٧٥ - قالوا : يجوز أن تتعلق بقصده أحكام القصد ولا تتعلق بالقصاص كما تتعلق بردته أحكام الردة ولا يقتل .

٢٧٠٧٦ - قلنا : الدين يجوز أن يثبت حكمه له بفعل غيره ، فنقصان قصده لا يمنع أن يثبت به الكفر له ، وأحكام العمد من القصاص وتغليظ الدية [لا] [٦] يلزمه بفعل غيره ؛ فلم يجز أن يتعلق عليه بفعله .

* * *

---

(١) كذا في ب و ج . وفي أ (فلذلك) . (٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(٣) في ج (لجنس) .
(٤) الضدان : صفتان وجوديتان يتعاقبان في موضع واحد ، يستحيل اجتماعهما كالسواد والبياض . والفرق بين الضدين والنقيضين : أن النقيضين لا يجتمعان ولا يرتفعان كالعدم والوجود ، والضدان لا يجتمعان ولكن يرتفعان كالسواد والبياض . انظر : التعريفات للجرجاني ص ١٥٥ .
(٥) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة . ولعله ساقط منها ، والسياق يقتضيه .
(٦) في النسخ الثلاثة (ولا) والصواب ما أثبتنا .

مسألة ١٣٣١

حكم ما إذا غصب صبيًا فنَهَشَته [١] حية أو غيرها

٢٧٠٧٧ - قال أصحابنا رحمهم الله : إذا غصب صبيًا [٢] فنهشته حية أو وقع عليه حائط أو صاعقة [٣] ؛ فديته على عاقلة الغاصب .

٢٧٠٧٨ - وقال زفر رحمه الله : لا ضمان عليه [٤] . وبه قال الشافعي [٥] رحمه الله .

٢٧٠٧٩ - لنا [٦] : أن (الصبي) [٧] الصغير يثبت عليه [اليد] [٨] ويكون القول فيه قول [من] [٩] هو لا بد أن يضمنه إذا غصبه من غير إتلاف أصله الأموال .

٢٧٠٨٠ - ولا يلزم الوديعة [١٠] ، لأنه إذا غصبها ضمنها ويضمنها من غير

(١) نهشته : أي لسعته . انظر : المعجم الوسيط (٩٩٦/٢) مادة نهش .

(٢) المراد بغصب الصبي : الذهاب به بلا إذن وليه كما جاء في الدر المختار (٣٩٩/٥) .

(٣) الصاعقة : جسم ناري مشتعل يسقط من السماء في رعد شديد . انظر : المعجم الوسيط (٥٣٥/١)

(٤) انظر : الجامع الصغير ص ٥١٢ ونصه : رجل غصب صبيًا حرًا ، فمات في يده فجأة أو بحمى ؛ فليس عليه شيء . وإن مات من صاعقة أو نهشته حية ؛ فعلى عاقلة الغاصب الدية . اهـ . وقد أوضح السرخسي وجه قول زفر فقال : وإذا غصب الرجل الصبي الحر فذهب به فهو ضامن له إن قتل أو أصابه حجر أو أكله سبع أو تردى من حائط استحسانًا . وفي القياس : لا شيء عليه . وهو قول زفر والشافعي . وجه القياس : أن ضمان الغصب يختص بما هو مال متقوم : والصبي الحر ليس بمال متقوم فلا يضمن بالغصب كالميتة والدم . والدليل عليه : أنه لو مات حتف أنفه أو أصابته حمى فمات : أو مرض فمات أو خرجت به قرحة فمات لم يضمن الغاصب شيئًا بالاتفاق . والدليل عليه : أنه لو غصب مكاتبًا صغيرًا فمات في يده ببعض هذه الأسباب لم يضمن الغاصب شيئًا فالحر أولى . وكذلك لا يضمن أم الولد بالغصب وإن تلفت بهذه الأسباب ؛ لأنه لم يبق لرقها قيمة فلأن لا يضمن الحر بهذه الأسباب أولى . انظر : المبسوط (١٨٦/٢٦) . ووجه الاستحسان : أنه تسبب بنقله لمكان الصواعق أو الحيات حتى لو نقله لموضع يغلب فيه الحمى والأمراض ضمن . فتجب فيه الدية على العاقلة لكونه قتلًا تسببًا . انظر : الدر المختار (٣٩٩/٥) .

(٥) انظر : النكت للشيرازي ورقة ٢٦٣أ وعبارته : إذا حبس صغيرًا في موضع فلسعته حية فمات لم يضمنه . وانظر : الحاوي للماوردي (١٤٥/٧) حيث قال فيه : إذا غصب حرًا صغيرًا فمات في يده حتف أنفه ، أو لسعته حية ، فلا ضمان .

(٦) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٧) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٨) في النسخ الثلاثة (القود) وهو خطأ ، لأن القلم مرفوع عن الصغير فلا يثبت عليه القود .

(٩) في النسخ الثلاثة (بين) ، والصواب ما أثبته .

(١٠) هذا جواب عن قياس الشافعية على الودائع . فقد قال الشيرازي : ولأن ما يضمنه إذا مات حتف أنفه =

إتلاف إذا جحدها .

٢٧٠٨١ - ولأن الصبي لا يمكنه حفظ نفسه من الأشياء المتلفة ، وإنما يحفظه أهله . فإذا أزال الولي عنه (و) [١] قرّبه من سبب الإتلاف صار كأنه ألقى ذلك (الشر) [٢] عليه ، وكما لو ألقاه إلى سبع حتى افترسه .

٢٧٠٨٢ - و [٣] لا يلزم [٤] إذا مات من [الحمى] [٥] ، لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن ولا يمكن حفظ فيها ، ولا يلزم الحر الكبير [٦] لأنه يقدر على التحفظ والتحرز .

٢٧٠٨٣ - فإن ألزم الحر إذا قيده فعله . قلنا : لا نعرف الرواية . ويجوز أن يقال يلزمه الضمان .

٢٧٠٨٤ - لأنه (لا) [٧] يقدر على الاحتراز [٨] ، ويجوز أن يقال إنه ممن لا يثبت اليد عليه فلا يضمن [٩] في يده . فإن ألزموا إذا أمسك أحدهما آخر فقتله [١٠] .

٢٧٠٨٥ - قلنا : الضمان (هناك) [١١] على المباشر ، ومتى تعلق الضمان بأقوى الفعلين سقط عن أدناهما .

٢٧٠٨٦ - وقال الشافعي رحمه الله في الصبي إذا كان (مراهِقًا) [١٢] فصاح به إنسان فسقط : وجب عليه الضمان [١٣] . ولو كان كبيرًا : لم يجب عليه الضمان [١٤] .

= لم يضمنه إذا مات من لسع الحية كالودائع .

(١) زيادة في ب و ج .

(٢) كذا في أ ، وفي ب و ج (ليس) .

(٣) ما بين القوسين زيادة من ج .

(٤) هذا جواب عن قياس زفر رحمه الله . انظر : المبسوط (١٨٦/٢٦) .

(٥) في النسخ الثلاثة (الخمر) والصواب ما أثبتنا نظرا للسياق .

(٦) هذا جواب عن قياس المخالف على الكبير . فقد قال الشيرازي : لنا أنه حر فلا يضمنه بهذا السبب كالكبير .

(٧) ما بين القوسين ساقط من أ . وما أثبتنا من ب و ج .

(٨) وهذا ما ذكره صاحب الدر المختار فيما بعد قال : ولو نقل الكبير لهذه الأماكن تعديا أن مقيدا ولم يمكنه التحرز عنه ضمن . وإن لم يمنعه من حفظ نفسه لا . لأنه بتقصيره . فحكم صغير ككبير مقيد . انظر : الدر المختار (٤٠٠/٥) .

(٩) ما بين المعقوفين في النسخ الثلاثة (بصر) .

(١٠) انظر : النكت للشيرازي ورقة ٢٦٣ أ وعبارته : يبطل إذا أمسكه حتى قتله آخر .

(١١) في ب (هنا) وفي ج (هنا واجب) .

(١٢) كذا في أ ، وفي ب و ج (مراهق) وهو خطأ . والمراهق : الغلام الذي قارب البلوغ . انظر : طلبة الطلبة ص ٨٣ .

(١٣) في ب و ج (ضمانه) .

(١٤) انظر : مختصر المزني مع الأم (٣٥٣/٨) وعبارته : قال الإمام الشافعي : ولو صاح برجل فسقط عن حائط لم أر عليه شيئًا . ولو كان صبيًا أو معتوهًا فسقط من صيحته ضمن . اهـ . ويبدو واضحا أن =

٢٧٠٨٧ - احتجوا : بأنه فعل لا يتعلق به وجوب الكفارة فلا يتعلق به ضمان نفس الحر ، أصله : إذا أمسكه حتى قتله غيره .

٢٧٠٨٨ - قلنا : إذا أمسكه غيره فقد وجب الضمان بالتلف على من هو (أخص) [١] بالإتلاف فلم يجب على من فعله أو دون من فعله . وفي مسألتنا : لم يجب الضمان بالفعل على الفاعل فجاز أن يجب الضمان على المسبب كمن ألقى رجلًا بين يدي سبع . يبين ذلك : أن من حفر بئرًا فجاء رجل وألقى فيها غيره ؛ لم يضمن الحافر (لأن فعل المباشر) [٢] أقوى الفعلين ، ولو لم يوجد فعل الدافع ؛ وجب الضمان على الحافر .

٢٧٠٨٩ - قالوا [٣] : لا يضمنه إذا مات حتف أنفه [٤] ؛ فلم يضمنه إذا مات بسقوط الحائط (كالعبد) [٥] .

٢٧٠٩٠ - قلنا : (العبد) [٦] يقدر على حفظ نفسه ، فحاله في يد الغاصب إذا لم يغصب في التحرز [فلم يضمن باليد] [٧] . والحر لا يضمن باليد ، وأما الصغير فلا يحفظ نفسه وإنما يحفظه وليه ، فإذا زال يد الولي عنه ولم يحفظه حتى تلف بما يحفظ منه الصبيان (فكأنه) [٨] قرّبه من التلف فضمنه .

* * *

= الإمام القدوري يريد من ذكر قول الإمام الشافعي هذا إلزام الشافعية . لأنهم فرقوا في هذه الحالة بين الرجل والصبي المراهق وأوجبوا الضمان لو كان صبيًا أو معتوهًا ولم يوجبوها إذا كان رجلًا . فكان عليهم أن يفرقوا بينهما في مسألتنا هذه .

(١) كذا في أ ، في ب و ج (أخصر) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي ١٨٦/٢٦ ، والحاوي للماوردي ١٤٦/٧ وعبارته : ولأن من لم يضمن بالموت كبيرا لم يضمن به صغيرًا كالميت حتف أنفه .

(٤) مات حتف أنفه : أي بهلاك نفسه من غير سبب . وحقيقته انقطاع أنفاسه وخروجها من أنفها . انظر : طلبة الطلبة ص ٢٢٨ .

(٥) في ب و ج (كالبغر) .

(٦) في ب و ج (البشر) .

(٧) في النسخ الثلاثة (فلو ضمن اليد) والصواب ما أثبته ليستقيم المعنى .

(٨) في ب و ج (فكأن) .



مسألة ١٣٣٢

حكم ما إذا وجب على إنسان قتل بقصاص أو غيره فالتجا إلى الحرم

٢٧٠٩١ - قال أصحابنا رحمهم الله : إذا وجب على إنسان [١] قتل بقصاص أو ردة أو زنًا ، فالتجأ إلى الحرم لم يقتل حتى يخرج منه . فإن [٢] قَتَل فيه قُتِل [٣] .

٢٧٠٩٢ - وقال الشافعي رحمه الله : دخول الحرم لا يمنع القتل بحق [٤] .

---

(١) في ب و ج (الإنسان) . (٢) كذا في ب و ج . وفي أ (وإن) .

(٣) انظر : الجامع الصغير ص ٥١٧ ٥١٨ ونصه : رجل وجب عليه حد أو قصاص ، ثم دخل الحرم ، لا يقام ذلك كله عليه . ولا يكلم ولا يشارى حتى يخرج من الحرم ، فيقام ذلك كله . وإن أصاب ذلك في الحرم أقيم ذلك عليه . اهـ . ويستوي في ذلك القتل الواجب بقصاص أو بحد من حدود الله مثل الردة وغيرها كما يدل على ذلك عبارة الإمام القدوري رحمه الله . أما إذا كانت جنايته فيما دون النفس في غير الحرم ثم لاذ بالحرم اقتص منه قياسا على الحبس في الدين . انظر : أحكام القرآن للجصاص (٣٠٦/٢) والدر المختار (٣٥٢/٥) وهذا قول ابن عباس وعطاء وعبيد بن عمير والزهري ومجاهد وإسحاق والشعبي رضي الله عنه . أخرج الطبري عن ابن عباس رضي الله عنه قال : من أحدث حدثا في غير الحرم ثم لجأ إلى الحرم ؛ لم يعرض له ؛ ولم يبايع ؛ ولم يكلم ؛ ولم يأو حتى يخرج من الحرم . فإذا خرج من الحرم أخذ فأقيم عليه الحد . قال : ومن أحدث في الحرم حدثًا أقيم عليه الحد. وعن عطاء عن ابن عمر قال : لو وجدت قاتل عمر في الحرم ما هِجْته . انظر : تفسير الطبري (١٣/٤) وتفسير القرطبي (١٤١/٤) . هذا هو مذهب الحنابلة . قال ابن قدامة : من قتل أو أتى حدا خارج الحرم ثم لجا إلى الحرم لم يبايع ولا يشارى حتى يخرج من الحرم فيقام عليه الحد . وجملته : أن من جنى جناية توجب قتلا خارج الحرم ثم لجا إليه لم يستوف منه فيه . انظر : المغني والشرح الكبير (٢٣٠/١٠) وكذلك الإنصاف للمرداوي (١٦٧/١٠) . هذا في القتل ، أما غير القتل من الحدود كلها والقصاص فيما دون النفس فعن الإمام أحمد روايتان . إحداهما : لا يستوفي من الملتجئ إلى الحرم فيه . والثاني : يستوفي وهو مذهب الإمام أبي حنيفة . انظر : المغني والشرح الكبير (٢٣٠/١٠) .

(٤) انظر : المهذب للشيرازي (١٨٨/٢) حيث قال : ومن وجب عليه قتل بكفر أو ردة أو زنا أو قصاص فالتجأ إلى الحرم قتل ولم يمنع الحرم من قتله . والدليل عليه قوله تعالى : ﴿ وَٱقْتُلُوهُمْ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ ﴾ ولأنه قتل لا يوجب الحرم ضمانه فلم يمنع منه كقتل الحية والعقرب . اهـ . وانظر كذلك الحاوي (٢٢٠/١٢) ومغني المحتاج (٤٣/٤) . وبهذا قالت المالكية . جاء في حاشية الدسوقي (٢٦١/٤) ما نصه : لا يؤخر قصاص على جان على نفس أو عضو ، وكذا كتلف المال بدخول الحرم بل يقتص منه فيه . وجاء في المنتقى (٨١/٣) ما نصه : وهكذا كل من وجب عليه سفك دمه لقصاص أو غيره يقتل في الحرم . ومما سبق عرضه من أقوال المذاهب يمكن القول بأنه لا خلاف بين المذاهب الأربعة في أن من أصاب حدا في الحرم أو قتل فيه =

٢٧٠٩٣ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًا ﴾ (١) وهذا يقتضي أمنا مستفادا بالدخول ، وذلك لا يكون إلا فيمن يجوز قتله قبل دخوله ، فأما من لا يجوز قتله فلم يستفد الأمن بالدخول (٢) .

٢٧٠٩٤ - فإن قيل (٣) : المراد به الكعبة بدلالة قوله (تعالى) (٤) : ﴿ إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ

= فإنه يقتل في الحرم ويقام عليه الحد فيه . وإنما الخلاف بينهم فيما إذا وجب عليه القتل بجناية جناها خارج الحرم ثم التجأ إلى الحرم هل يستوفى منه في الحرم ، فذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه لا يستوفى منه في الحرم بل يضيق عليه حتى يخرج فيستوفى منه خارج الحرم . بينما ذهب المالكية والشافعية إلى أنه يستوفى منه ذلك في الحرم .

(١) وتمام الآية الكريمة : ﴿ فِيهِ ءَايَٰتٌۢ بَيِّنَٰتٌ مَّقَامُ إِبْرَٰهِيمَ وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًا وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ سورة آل عمران الآية ٩٧ .

(٢) ما ذكره الإمام القدوري هو قول السُّدّى في تفسير الآية الكريمة . فقد ذكر الطبري عن السُّدّى : أما قوله ﴿وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًا ﴾ فلو أن رجلا قتل رجلا ثم أتى الكعبة فعاذ بها ثم لقيه أخو المقتول لم يحل له أبدا أن يقتله . وقال آخرون : معنى ذلك : ومن دخله يكن آمنا من النار . انظر : تفسير الطبري (٤/١٤) . وقال ابن كثير : وقوله تعالى : ﴿ وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًا ﴾ يعني حرم مكة إذا دخله الخائف يأمن من كل سوء . وكذلك كان الأمر في حال الجاهلية ، كما قال الحسن البصري وغيره : كان الرجل يقتل فيضع في عنقه صوفة ويدخل الحرم فيلقاه ابن المقتول فلا يهيجه حتى يخرج . انظر : تفسير ابن كثير (١/٣٨٥) . وقد اعترض على استدلال الحنفية بالآية الكريمة من وجهين . أحدهما : أنه خبر عما مضى ، ولم يقصد بها إثبات حكم مستقل الثاني : أن ذلك الأمن قد ذهب ، وأن القتل والقتال قد وقع بعد ذلك فيها ، وخبر الله سبحانه لا يقع بخلاف مخبره فدل على أنه في الماضي . انظر : أحكام القرآن لأبن العربي (١/٢٨٥) . وقال القرطبي : والصحيح أنه قصد بذلك تعديد النعم على من كان بها جاهلا ولها منكرا من العرب كما قال تعالى : ﴿ أَوَلَمْ يَرَوْا۟ أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا ءَامِنًا وَيُتَخَطَّفُ ٱلنَّاسُ مِنْ حَوْلِهِمْ ﴾ فكانوا في الجاهلية من دخله ولجأ إليه أمن من الغارة والقتل . انظر : تفسير القرطبي (٤/١٤١) . وأجيب عن ذلك بأن قوله تعالى : ﴿وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًا ﴾ هو أمر لنا بإيمانه وحظر دمه . ألا ترى إلى قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُقَٰتِلُوهُمْ عِندَ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ حَتَّىٰ يُقَٰتِلُوكُمْ فِيهِ فَإِن قَٰتَلُوكُمْ فَٱقْتُلُوهُمْ ﴾ فأخبر بجواز وقوع القتل فيه ، وأمرنا بقتل المشركين فيه إذا قاتلونا . ولو كان قوله تعالى : ﴿ وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًا ﴾ خبرا لما جاز أن لا يوجد مخبره . فثبت بذلك أن قوله تعالى : ﴿وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًا ﴾ هو أمر لنا بإيمانه ونهي لنا عن قتله . انظر : أحكام القرآن للجصاص (٢/٣٠٤) .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٩ وعبارته : هذا في الكعبة فإنه عطف على قوله : ﴿ إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ ﴾ . وقد أجاب أبو بكر الجصاص عن اعتراض الشافعية هذه فقال : لما جعل الله حكم الحرم حكم البيت فيما عظم من حرمته وعبر تارة بذكر البيت وتارة بذكر الحرم ، اقتضى ذلك التسوية بينهما إلا فيما قام دليل تخصيصه . وقد قامت الدلالة في حظر القتل في البيت فخصصناه وبقي حكم الحرم على ما اقتضاه ظاهر القرآن من إيجاب التسوية بينهما . والله أعلم . انظر : أحكام القرآن للجصاص (٢/٣٠٧) .

(٤) زيادة من ب و ج .

وُضِعَ لِلنَّاسِ لَلَّذِى بِبَكَّةَ مُبَارَكًا ﴾ [١] .

٢٧٠٩٥ - قلنا : عند مخالفنا من دخل الكعبة لم يستفد الأمن ، وإنما لا يقتل حتى لا يلوثها بالدم . والآية تقتضي أمنًا مستفادًا بالدخول . ولأنه قال : ﴿ فِيهِ ءَايَٰتٌۢ بَيِّنَٰتٌ مَّقَامُ إِبْرَٰهِيمَ ﴾ [٢] والمقام خارج الكعبة يدل على أن المراد بالآية جميع البقعة .

٢٧٠٩٦ - ويدل عليه قوله تعالى :﴿ (أَوَلَمْ) [٣] يَرَوْاْ أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا ءَامِنًا وَيُتَخَطَّفُ ٱلنَّاسُ مِنْ حَوْلِهِمْ ﴾ [٤] فوصف الحرم بالأمن ، وهذا يمنع من قتل الملتجئ إليه [٥] .

٢٧٠٩٧ - ولا يقال إن هذا يفيد الصيد ، لأن الآية خرجت مخرج (الامتنان) [٦] ، ولا يصح أن (يمتن) [٧] علينا (بتحريم) [٨] الصيد ، لأنه قال : ﴿ وَيُتَخَطَّفُ ٱلنَّاسُ مِنْ حَوْلِهِمْ ﴾ فدل أن الأمن للآدمي .

٢٧٠٩٨ - ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَإِذْ جَعَلْنَا ٱلْبَيْتَ مَثَابَةً لِّلنَّاسِ وَأَمْنًا ﴾ [٩] .

٢٧٠٩٩ - ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُقَٰتِلُوهُمْ عِندَ ٱلْمَسْجِدِ (ٱلْحَرَامِ) [١٠] حَتَّىٰ يُقَٰتِلُوكُمْ فِيهِ ﴾ [١١] والمنع من المقاتلة منع من القتل ، فإذا مُنع من قتل الكفار في الحرم فقتل المسلم أولى .

٢٧١٠٠ - فإن قيل [١٢] : هذه الآية منسوخة بقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلْأَشْهُرُ

---

(١) وتمام الآية الكريمة : ﴿فِيهِ ءَايَٰتٌۢ بَيِّنَٰتٌ مَّقَامُ إِبْرَٰهِيمَ وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًا وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا وَمَن كَفَرَ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَنِىٌّ عَنِ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴾ آل عمران الآية ٩٧ .

(٢) جزء من الآية رقم ٩٧ سورة آل عمران . (٣) كذا في (ب) و (ج) وفي أ (ألم) وهو خطأ .

(٤) وتمام الآية الكريمة : ﴿ أَوَلَمْ يَرَوْاْ أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا ءَامِنًا وَيُتَخَطَّفُ ٱلنَّاسُ مِنْ حَوْلِهِمْ أَفَبِٱلْبَٰطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَةِ ٱللَّهِ يَكْفُرُونَ ﴾ سورة العنكبوت الآية رقم ٦٧ .

(٥) أجاب الإمام الشيرازي عن استدلال الحنفية بالآية الكريمة بأن المراد به القتل المحرم فإن الحرم يؤكد الحرمة ويتغلظ به الدية . انظر : النكت ورقة أ ٢٥٩ . (٦) كذا في أ ، وفي ب و ج (الانسان) .

(٧) في ج (يتميز) . (٨) في ب و ج (لتحريم) .

(٩) وتمام الآية الكريمة : ﴿ وَإِذْ جَعَلْنَا ٱلْبَيْتَ مَثَابَةً لِّلنَّاسِ وَأَمْنًا وَٱتَّخِذُواْ مِن مَّقَامِ إِبْرَٰهِيمَ مُصَلًّى وَعَهِدْنَآ إِلَىٰٓ إِبْرَٰهِيمَ وَإِسْمَٰعِيلَ أَن طَهِّرَا بَيْتِىَ لِلطَّآئِفِينَ وَٱلْعَٰكِفِينَ وَٱلرُّكَّعِ ٱلسُّجُودِ ﴾ سورة البقرة الآية رقم ١٢٥ .

(١٠) ما بين القوسين ساقط من ج .

(١١) وتمام الآية الكريمة ﴿ وَٱقْتُلُوهُمْ حَيْثُ ثَقِفْتُمُوهُمْ وَأَخْرِجُوهُم مِّنْ حَيْثُ أَخْرَجُوكُمْ وَٱلْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ ٱلْقَتْلِ وَلَا تُقَٰتِلُوهُمْ عِندَ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ حَتَّىٰ يُقَٰتِلُوكُمْ فِيهِ فَإِن قَٰتَلُوكُمْ فَٱقْتُلُوهُمْ كَذَٰلِكَ جَزَآءُ ٱلْكَٰفِرِينَ ﴾ سورة البقرة الآية رقم ١٩١ .

(١٢) ﴿ فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلْأَشْهُرُ ٱلْحُرُمُ فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ ﴾ انظر كذلك حاشية الدسوقي (٢٦١/٤) وقد ذكر الإمام القرطبي أقوال العلماء في كون هذه الآية الكريمة منسوخة أو محكمة فقال : للعلماء في هذه الآية قولان : أحدهما : أنها منسوخة . والثاني أنها محكمة . قال مجاهد : الآية محكمة . ولا يجوز قتال =

الْحُرُمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ ﴾ [١] .

٢٧١٠١ - قلنا : هذا يفيد زوال التحريم المتعلق بالأشهر ، والقتل في الحرم لا تأثير له في الأشهر على المنع من قتل المسلمين ، فلو أفادت هذه الآية الأخرى جواز قتل المشركين في الحرم لم يوجد نسخ ما فهم بالآية الأولى من تحريم قتل المسلمين ؛ (لأن تحريم قتل الكافر) [٢] يدل على تحريم قتل المسلم ، (وإباحة) [٣] قتل الكافر لا يدل على إباحة قتل المسلم . ويدل عليه قوله (ﷺ) [٤] في مكة : « لا يُختلى [خلاها] [٥] ولا يُعضَد شجرها ولا يُنفَّر صيدها ولا يُسفك فيها دم » [٦] .

٢٧١٠٢ - قالوا [٧] : سفك الدماء يتناول القتل المحرم بدلالة قوله تعالى : ﴿ أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ ﴾ [٨] .

= أحد في المسجد الحرام إلا بعد أن يقاتل . وبه قال طاووس . وهو الذي يقتضيه نص الآية وهو الصحيح من القولين . وإليه ذهب أبو حنيفة وأصحابه . وقال قتادة : الآية منسوخة بقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا انسَلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرُمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ ﴾ . وقال مقاتل : نسخها قوله تعالى : ﴿ وَاقْتُلُوهُمْ حَيْثُ ثَقِفْتُمُوهُمْ ﴾ ثم نسخ هذا قوله : ﴿ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ ﴾ فيجوز الابتداء بالقتال في الحرم . انظر : تفسير القرطبي (٣٥١/٢) . وذكر الإمام الشوكاني القولين أيضًا واختار كونها محكمة . وأجاب على القائلين بأنها منسوخة فقال : إن الجمع ممكن ببناء العام على الخاص ، فيقتل المشرك حيث وجد إلا في الحرم . ومما يؤيد ذلك قوله ﷺ : « إنها لم تحل لأحد قبلي ، وإنما أحلت لي ساعة من نهار » وهو في الصحيح . انظر : فتح القدير للشوكاني (٢٨٣/١) .

(١) وتمام الآية الكريمة : ﴿ فَإِذَا انسَلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرُمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ وَاحْصُرُوهُمْ وَاقْعُدُوا لَهُمْ كُلَّ مَرْصَدٍ فَإِن تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ سورة التوبة الآية رقم ٥ .

(٢) قوله : (لأن تحريم قتل الكافر) ساقط من ب و ج .

(٣) كذا في ب و ج . وفي أ (تحريم) . (٤) في ب و ج (ﷺ) .

(٥) في النسخ الثلاثة (خلاؤها) والصواب ما أثبتنا لأن هذه الكلمة مقصورة .

(٦) أخرج الشيخان البخاري ومسلم عن ابن عباس ﷺ عن النبي ﷺ قال : « حرم الله مكة فلم تحل لأحد قبلي ولا أحد بعدي . أحلت لي ساعة من نهار . لا يختلى خلاها ، ولا يعضد شجرها ، ولا ينفر صيدها ، ولا تلتقط لقطتها إلا لمعرف . فقال العباس ﷺ : إلا الإذخر لصاغتنا وقبورنا . فقال : إلا الإذخر » . واللفظ للبخاري . انظر : صحيح البخاري كتاب الجنائز ، باب الإذخر والحشيش في القبر (٤٥٢/١) . ومسلم في كتاب الحج ، باب تحريم مكة وصيدها (٩٨٦/٢) . وفي حديث أبي شريح عند البخاري ومسلم أيضًا ورد بلفظ : فلا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسفك بها دما ولا يعضد بها شجرة . وسيأتي تخريجه .

(٧) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٩ وعبارته : السفك هو الدم الحرام . ولهذا قال : ﴿ أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ ﴾ وإنما خص الحرم لتأكيد التحريم فيه .

(٨) وتمام الآية الكريمة ﴿ وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا =

٢٧١٠٣ - قلنا : سفك الدماء يتناول القتل على العموم بحق وبغير حق .

٢٧١٠٤ - ويدل عليه قوله (ﷺ) (١) : إن [أعتى] (٢) الناس على الله (ثلاثة) (٣) : رجل قتل غير قاتله ، (ورجل قتل في الحرم) (٤) ، ورجل قتل بذَحْل (٥) الجاهلية » (٦) ولا يجوز أن يكون غير قاتله .

٢٧١٠٥ - ولا يقال (٧) إطلاق يتناول القتل بغير القصاص ، لأن القصاص سمي قتلا ، بدلالة قوله (ﷺ) (٨) : « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ، إن شاءوا قتلوا وإن شاءوا (أخذوا الدية) (٩) » (١٠) .

٢٧١٠٦ - ويدل عليه قوله (ﷺ) (١١) : « إن مكة حرام حرمها الله (تعالى) (١٢)

= وَيَسْفِكُ الدِّمَآءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّيٓ أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴾ سورة البقرة الآية رقم ٣٠ .

(١) في ب و ج (عليه السلام) .

(٢) في النسخ الثلاثة (أغير) والصواب ما أثبته بناء على ما في كتب الحديث . وأعتى بفتح الهمزة وسكون العين المهملة فمثناة فوقية فألف مقصورة : اسم تفضيل من العتو ، وهو التجبر . انظر : سبل السلام (٥٠٥/٣) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) قوله : (ورجل قتل في الحرم) ساقط من ب و ج .

(٥) الذَّحْل : طلب المكافأة بجناية جنيت عليه من قتل أو جرح ونحو ذلك . والذحل : العداوة أيضًا . انظر : النهاية لابن الأثير (١٥٥/٢) .

(٦) أخرجه الإمام أحمد في المسند (١٨٧/٢) . والبيهقي في السنن الكبرى (٧١/٨) بلفظ : « وإن أعتى الناس على الله ثلاثة : رجل قتل فيها ، ورجل قتل غير قاتله ، ورجل طلب بذحل الجاهلية » وأخرجه ابن حبان بلفظ : « إن أعتى الناس على الله ثلاثة : من قتل في حرم الله ، أو قتل غير قاتله ، أو قتل لذحل الجاهلية » انظر : الإحسان كتاب الجنايات باب القصاص (٣٤١/١٣) . وأخرج الدارقطني نحوه عن أبي شريح في كتاب الحدود والديات . الحديث رقم ٥٧ . سنن الدارقطني (٩٦/٣) . قال الحافظ ابن حجر : أخرجه ابن حبان في حديث وصححه . انظر : سبل السلام (٥٠٥/٣) . ووجه الاستدلال به : أن عمومه يحظر قتل كل من كان فيه فلا يخص منه شيء إلا بدلالة . انظر : أحكام القرآن للجصاص (٣٠٦/٢) .

(٧) هذا رد الإمام القدوري لجواب الشافعية عن الاستدلال بالحديث الشريف . فقد قال الماوردي : أما الجواب عن الخبر وقوله : (القاتل في الحرم) فمحمول على ابتداء القتل ظلما بغير حق دون القصاص لأمرين : أحدهما : أن لقتل القصاص أسماء وهو أخص إطلاقه على غيره . والثاني : أنه جعله من أعتى الناس. وليس المقتص من أعتى الناس لأنه مستوف لحقه ، ومستوف الحق لا يكون عاتيا . وإنما العاتي المبتدئ. ولئن كان داخلا في قوله : (من قتل غير قاتله) فأعيد ذكر قتله في الحرم تغليظا وتأكيدا كما قال تعالى : ﴿ حَٰفِظُواْ عَلَى ٱلصَّلَوَٰتِ وَٱلصَّلَوٰةِ ٱلْوُسْطَىٰ ﴾ . انظر : الحاوي (٢٢٢/١٢) .

(٨) في ب و ج (عليه السلام) .

(٩) في ب (فادوا) .

(١٠) سبق تخريجه .

(١١) في ب و ج (عليه السلام) .

(١٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

لا تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي . وإنما أحلت لي ساعة من نهار » [1] .

٢٧١٠٧ - فإن قيل : المراد بهذا دخوله بغير إحرام .

٢٧١٠٨ - قلنا : وقتاله أيضًا بدلالة قوله : [فمن] [2] (ترخص) [3] بقتال رسول الله ﷺ فيها ، (وإنما) [4] أحلت لي ساعة من نهار » [5] .

٢٧١٠٩ - ولأنه قتل مباح ، فجاز أن يكون للحرم تأثير في (حظره) [6] أصله قتل الصيد .

٢٧١١٠ - ولا يلزم قتل الحشرات لأنا قلنا : [قتل] [7] مباح ، وذلك القتل قد يكون واجبا إذا خاف الضرر منها .

٢٧١١١ - ولا يلزم الذبح ، لأن ذلك لا يسمى قتلا وإنما سمي ذكاة وذبحا .

٢٧١١٢ - ولأنه قتل أبيح لغير دفع الضرر فأشبه قتل الصيد [8] . ولا يلزم الحشرات ، لأن قتلها أبيح لدفع ضررها .

٢٧١١٣ - فإن قيل : المعنى في الصيد أنه لما أثر الحرم فيه استوى (الملتجئ والقاتل) [9] في الحرم .

---

(١) الحديث . وقد سبق تخريجه . انظر ص ٣٤٣ ، ووجه الاستدلال بالحديث : أن ظاهره يقتضي حظر قتل اللاجئ إليه والجاني فيه . إلا أن الجاني فيه لا خلاف فيه أنه يؤخذ بجنايته فبقي حكم اللفظ في الجاني إذا لجأ إليه . انظر : أحكام القرآن للجصاص (٣٠٦/٢) .

(٢) ما بين المعقوفين في النسختين (عمر) . والصواب ما أثبته .

(٣) كذا في أ و ج ، وفي ب (رخص) . (٤) في ب و ج (فإنما) .

(٥) عن أبي شريح أنه قال لعمرو بن سعيد - وهو يبعث البعوث إلى مكة - ائذن لي أيها الأمير أحدثك قولا قام به النبي ﷺ الغد من يوم الفتح . سمعته أذناي ووعاه قلبي وأبصرته عيناي حين تكلم به . حمد الله وأثنى عليه ثم قال : « إن مكة حرمها الله ، ولم يحرمها الناس . فلا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسفك بها دما ، ولا يعضد بها شجرة . فإن أحد ترخص لقتال رسول الله ﷺ فيها فقولوا : إن الله قد أذن لرسوله ولم يأذن لكم . وإنما أذن لي ساعة من نهار . ثم عادت حرمتها اليوم كحرمتها بالأمس . وليبلّغ الشاهد الغائب » فقيل لأبي شريح : ما قال لك عمرو ، قال : أنا أعلم بذلك منك يا أبا شريح . إن الحرم لا يعيذ عاصيا ولا فارا بدم ولا فارا بخُربة . أخرجه البخاري في صحيحه . كتاب العلم ، باب ليبلغ الشاهد الغائب (٥١/١) . ومسلم في كتاب الحج ، باب تحريم مكة وصيدها وخلاها وشجرها ولقطتها . برقم ٤٤٦ صحيح مسلم (٩٨٧/٢) . (٦) في ب و ج (حصره) .

(٧) في النسخ الثلاثة (قتال) والصواب ما أثبتنا .

(٨) أجاب الإمام القرافي عن قياس الحنفية على الصيد بأنه قياس مع الفارق فقال : إن الصيد غير جان ولا أنه ظالم بخلاف الآدمي . انظر : الذخيرة (٣٤٨/١٢) .

(٩) كذا في أ وهو الصواب ، وفي ب « والملتجئ والناس » وفي ج (والملتجئ من الناس) وهو تحريف .

٢٧١١٤ - (قلنا) [١] : كذلك نقول في الآدمي ، لأن أهل الحرم آمنون ، [والملتجئ] [٢] إليهم في (حكمهم) [٣] .

٢٧١١٥ - وإنما القاتل في الحرم يجوز قتله ، كما أن الصيد إذا ابتدأ الآدمي في الحرم جاز له قتله .

٢٧١١٦ - فإن قيل : الصيد لما منع الحرم من قتله وجب بقتله الكفارة . ولما لم يجب بقتل الآدمي الملتجئ الكفارة دل على أن الحرم لم يؤثر في المنع من قتله [٤] .

٢٧١١٧ - قلنا : إذا (قتله) [٥] (قصاصا) [٦] فهو قتل عمد . وذلك لا يتعلق به الكفارة عندنا [٧] .

٢٧١١٨ - قالوا : الصيد لما حرم قتله استوى فيه النفس وما دونها ، فلو كان كذلك في الآدمي استوى النفس وما دونها .

٢٧١١٩ - قلنا : دخول الحرم أمان ، (والأمان يقتضي حظر القتل ، [والحظر] [٨] يتناول ما يقصد به القتل ، ولا يتناول الأطراف بانفرادها بدلالة أمان) [٩] الحربي ، وما دون النفس من (الصيد) [١٠] إنما يتناول ليتمكن [به] [١١] من قتله [وحده] [١٢] فكان محظورا بالأمان كحظر النفس ، والقصاص فيما دون النفس من الآدمي لا يستوفي طلبا للنفس ، بدلالة أنه لا يقطع في الحر الشديد ولا [١٣] البرد الشديد .

---

(١) في ب و ج (لأنا) .

(٢) في النسخ الثلاثة (وفي الملتجئ) ، والصواب ما أثبته .

(٣) كذا في ب و ج . وفي أ (حلمهم) .

(٤) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٩ وعبارته : ولأنه قتل لا يتعلق به الكفارة فلم يمنع الحرم منه كقتل الصيد الصائل .

(٥) في ج (قتل) .

(٦) في النسخ الثلاثة (قصاص) والصواب ما أثبته .

(٧) من المعلوم أن وجوب الكفارة في القتل العمد مسألة مختلف فيها . فلا يتعلق به الكفارة عند الحنفية كما قال الإمام القدوري . بينما قالت الشافعية بوجوب الكفارة فيها . انظر : المهذب (٢١٧/٢) ومغني المحتاج (١٠٧/٤) .

(٨) في أ (وحظر) وهو ساقط من ب و ج ، والصواب ما أثبته .

(٩) قوله : والأمان يقتضي- إلى قوله - بدلالة أمان ساقط من ب و ج .

(١٠) كذا في أ ، وفي ب و ج (الصيف) .

(١١) في أ و ب (بدل) وهو ساقط من ج . والصواب ما أثبته .

(١٢) في النسخ الثلاثة (واحدة) والصواب ما أثبته .

(١٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

٢٧١٢٠ - فإن قيل : الصيد إذا التجأ لا يجوز جز [١] شعره ولا حلب لبنه وإن كان ذلك [٢] لا يفعل لإتلاف نفسه .

٢٧١٢١ - قلنا : و [٣] لكنه لا يتمكن من تناوله إلا بثبوت اليد عليه . و أمر (الصيد) [٤] يمنع من اصطياده وإمساكه ، وأمر الآدمي لا يمنع من إمساكه وثبوت اليد عليه .

٢٧١٢٢ - ولأنها بقعة من بقع الحرم فلا يقتل الملتجئ إليها أصله البيت .

٢٧١٢٣ - (قال) [٥] مخالفونا [٦]: إنما لا يجوز القتل في الكعبة حتى لا يلوثها بالدم ، فإن (بسط) [٧] فيها (أنطاعا) [٨] وقتل فيها جاز . وهذا قول يرده النص . قال الله تعالى : ﴿وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًا﴾ [٩] .

٢٧١٢٤ - ولأن هذا المعنى الذي ذكروه موجود في جميع المساجد ، وقد علمنا قطعا أن الكعبة حرمتها ليست كسائر المساجد .

٢٧١٢٥ - ولأن الله تعالى خص هذه البقعة (بالفضل) [١٠] كما (خص) [١١] (ﷺ) [١٢] على سائر الناس ، فمن قال إن المنع في الكعبة كالمنع في غيرها فهو كمن قال إن تحريم النبي (ﷺ) [١٣] (كتحريم) [١٤] قتل غيره .

---

(١) جز أي قطع . انظر : المعجم الوسيط مادة جزز (١٢٥/١) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٣) ما بين القوسين زيادة من ب و ج .

(٤) في ج (الصيدان) .

(٥) في ب و ج (قالوا) .

(٦) يقصد بذلك الشافعية والمالكية . قال الإمام الغزالي : فلا يؤخر باللياذ إلى الحرم بل يقتل فيه ، ويخرج عن المسجد الحرام فيقتل . وقيل : يقتل في المسجد الحرام ويبسط الأنطاع تعجيلا . انظر : الوجيز (١٣٦/٢) . وقال الخطيب الشربيني : وظاهر كلام الرافعي أن الاستيفاء في المسجد حرام . وهو كذلك إن خيف التلويث ، وإلا فمكروه كما قاله المتولي . انظر : مغني المحتاج (٤٣/٤) . وجاء في حاشية الدسوقي ما نصه : ويخرج ذلك الجاني من المسجد الحرام ليقام عليه الحد خارج المسجد ولو في الحرم . ولا يقام عليه الحد في المسجد لئلا تؤدي إلى تنجيسه .

(٧) في ب و ج (سقط) وهو تحريف .

(٨) في ب و ج (انقطاعا) وهو تحريف . والأنطاع : مفردها النطع وهو المتخذ من الأديم معروف . وفيه أربع لغات : فتح النون وكسرها ومع كل واحد فتح الطاء وسكونها . والجمع أنطاع ونُطُوع . انظر : المصباح المنير (٨٣٩/٢) .

(٩) وتمام الآية الكريمة : ﴿فِيهِ ءَايَٰتُۢ بَيِّنَٰتٞ مَّقَامُ إِبۡرَٰهِيمَۖ وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنٗاۗ وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلۡبَيۡتِ مَنِ ٱسۡتَطَاعَ إِلَيۡهِ سَبِيلٗاۚ وَمَن كَفَرَ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ ٱلۡعَٰلَمِينَ﴾ رقم ٩٧ سورة آل عمران .

(١٠) في ب و ج (بالفعل) وهو تحريف .

(١١) في ب و ج (خير) .

(١٢) في ب و ج (عليه السلام) .

(١٣) في ب و ج (عليه السلام) .

(١٤) كذا في ب و ج . وفي أ (لتحريم) .

٢٧١٢٦ - ولأنها بقعة لا يجوز دخولها بغير إحرام كالبيت .

٢٧١٢٧ - ولأن كل بقعة التجأ إليها الصيد منع من قتله ، إذا التجأ إليها من وجب عليه القصاص منع من قتله كملك الغير .

٢٧١٢٨ - احتجوا [١] : بقوله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ [٢] وقال : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ﴾ [٣] وقوله : ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا ﴾ [٤] وقوله (ﷺ) [٥] : « العمد قود » [٦] وقال : « أهله بين خيرتين » [٧] .

٢٧١٢٩ - قلنا : هذه الظواهر تدل على وجوب القصاص ، وما ذكرنا يفيد تفصيل أحوال الإنسان فوجب أن يستعمل بينهما (ويستعمل) [٨] فيما ورد فيه لا (يُعترض) [٩] (ببعضها) [١٠] على بعض .

٢٧١٣٠ - قالوا : قتل واجب فلا يمنع الحرم منه كمن وجد منه سبب القتل في الحرم [١١] .

---

(١) استدل الشافعية والمالكية بهذه النصوص العامة في القصاص . قال الإمام الماوردي : ودليلنا عموم الظواهر من الكتاب والسنة في القصاص وإن لم يقترن بها تخصيص الحل من الحرم . انظر : الحاوي (٢٢١/١٢) . وقال الإمام القرافي : لنا عمومات القصاص . انظر : الذخيرة (٣٤٨/١٢) .

(٢) وتمام الآية الكريمة ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ۚ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ ۚ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ الآية رقم ٤٥ من سورة المائدة .

(٣) وتمام الآية الكريمة : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ۖ ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ ۚ فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ ۗ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ۗ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ الآية رقم ١٧٨ من سورة البقرة .

(٤) وتمام الآية الكريمة : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا۟ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ ۗ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورًا ﴾ الآية رقم ٣٣ من سورة الإسراء .

(٥) في ب و ج (عليه السلام) . (٦) سبق تخريجه .

(٧) سبق تخريجه .

(٨) كذا في ب و ج ، وفي أ (ويستعمل منها) ولعله خطأ من الناسخ .

(٩) في النسخ الثلاثة (يعتبر) ولعله تحريف ، والصواب ما أثبته .

(١٠) كذا في ب و ج . وفي أ (بعضها) .

(١١) انظر : الحاوي للماوردي (٢٢١/١٢) حيث قال : ولأن كل قصاص جاز استيفاؤه في الحل جاز استيفاؤه في الحرم كالقاتل في الحرم . وقال القرافي في الذخيرة (٣٤٨/١٢) : والقياس على مبتدئ القتل فيه .

٢٧١٣١ - قلنا : إذا وجد منه سبب القتل في الحرم هتك حرمته وترك التزام (تعظيمه) [١] . وإذا وجد سبب القتل في غيره ثم التجأ إليه فقد التزم حرمته وتمسك بها . وفرق في الأصول بين من وجد سبب الأمان فرده ولم يلتزمه وبين من (قبله) [٢] والتزمه أصله الحربي إذا أمناه .

٢٧١٣٢ - فإن قيل : يبطل بالكعبة فإن المبتدئ بالقتل فيها لا يقتل فيها كالملتجئ إليها .

٢٧١٣٣ - قلنا : بل المبتدئ بالقتل فيها يخالف ، الملتجئ إليها لم يقتل ، ولو (قصد) [٣] غيره فيها ليقتله جاز أن يقتله دفعا عن نفسه ، فأما إذا قتل فيها فلا ضرورة بنا إلى القصاص ، بل نخرجه منها ثم نقتله بعد إخراجه منها

٢٧١٣٤ - قالوا : موضع لو حصل سبب الإباحة فيه جاز قتله ، فإذا وجد في غيره ثم التجأ إليه جاز قتله أصله الحل [٤] .

٢٧١٣٥ - قلنا : الحل لو التجأ إليه الصيد لم يمنع من قتله ، فإذا التجأ الآدمي إليه لم يمنع من قتله ، والحرم بقعة لو التجأ إليها الصيد لم يجز قتله ، كذلك إذا التجأ إليه القاتل لم يجز قتله .

٢٧١٣٦ - قالوا : أحد نوعي القصاص فجاز أن يستوفى في الحرم أصله الأطراف [٥] .

٢٧١٣٧ - قلنا : إن عللتم للجواز قلنا بموجبه إذا ابتدأ القتل فيه ، ولأن ما دون النفس أجري ضمانه مجرى ضمان الأموال ، بدلالة (أنه) [٦] يكون عمدا محضا فلا يجب فيه (القصاص) [٧] ، وتعتبر فيه المماثلة ولا تجب فيه الكفارة ، (فلذلك) [٨] استوى فيه الحرم والحل ، والقصاص في النفس بخلافه .

٢٧١٣٨ - ولأن دخول الحرم أمان والأمان يتعلق بالنفس وتدخل الأطراف على طريق (التبع) [٩] للنفس ، فلا يتعلق الأمان بالطرف منفردا عن النفس كأمان الحربي .

---

(١) كذا في ب و ج . وفي أ (التعظيم) .
(٢) في ج (قتله) وهو تحريف .
(٣) كذا في ب و ج . وفي أ (قصده) .
(٤) انظر : الحاوي للماوردي ٢٢١/١٢ وعبارته : ولأن كل موضع كان محلا للقصاص إذا جنى فيه ، كان محلا له وإن جنى في غيره كالحل .
(٥) لنا أنه نوع قصاص فلا يمنع الحرم استيفاءه كالقصاص في الطرف . وانظر كذلك : الذخيرة للقرافي ٢٤٨/١٢) .
(٦) كذا في ب ، وفي أ و ج (أن) .
(٧) في ب و ج (قصاص) .
(٨) في ب و ج (فكذلك) .
(٩) كذا في أ و ج ، وفي ب (البيع) .

فعلى هذا من وجب عليه القصاص في النفس والمرتد والزاني المحصن [فخاف] [١] على نفسه فأفاده الحرم [أمانا] [٢] في نفسه ، فدخلت أطرافه على وجه التبع . وكذلك الصيد لم تكن نفسه آمنة في الحل فاستفاد بالحرم أمانا في نفسه .

٢٧١٣٩ - فلو قلنا : إنا لا نقطع طرفه أثبتنا الأمان في الطرف ابتداء . والأمان لا (يجوز) [٣] أن يتناول ذلك .

٢٧١٤٠ - قالوا : عقوبة فلا يمنع دخول الحرم من استيفائها كالحد [٤] .

٢٧١٤١ - قلنا : لا فرق بين (القصاص والحد) [٥] . لأن الحدود التي لا تأتى على النفس تستوفى كالقصاص فيما دون النفس ، وأما الحدود التي تأتى على النفس فلا تستوفى إذا وجد سببها في الحل كالقصاص في النفس ، ومتى وجد سببها في الحرم استوفيت كالقصاص .

٢٧١٤٢ - قالوا : حق فلا يمنع دخول الحرم (من) [٦] استيفائه كسائر الحقوق .

٢٧١٤٣ - قلنا : سائر الحقوق لا يمنع منها ، ألا ترى أن أمان الحربي لا يسقط عنه الديون ويمنع قتله .

٢٧١٤٤ - قالوا : إذا منعتموه من الأكل والشرب قتلتموه بذلك فهو أعظم من القصاص [٧] .

---

(١) في أ و ب (محرف) وفي ب (فحرف)

(٢) في النسخ الثلاثة (أمان) والصواب ما أثبتنا . (٣) في ب و ج (يجاوز) .

(٤) انظر : الذخيرة (٣٤٨/١٢) حيث قاس القرافى على حد الزنا وشرب الخمر . وقال : وبالأولى لأن الحدود تسقط بالرجوع عن الإقرار وبغيره .

(٥) في ب و ج (الحد والقصاص) . ما ذكره الإمام القدورى من أنه لا فرق بين الحدود والقصاص ليست على إطلاقه . وإنما هو يقصد بها أنه لا فرق بينهما في الاستيفاء . وأما الفروق بينهما فقد ذكر ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص ١٤٥ : أن القصاص كالحدود إلا في سبعة مسائل : الأولى - يجوز القضاء بعلمه في القصاص دون الحدود . الثانية - الحدود لا تورث والحدود تورث . الثالثة - لا يصح العفو في الحدود ولو كان حد القذف بخلاف القصاص . الرابعة - التقادم لا يمنع من الشهادة بالقتل بخلاف الحدود سوى حد القذف . الخامسة - القصاص يثبت بالإشارة والكتابة من الأخرس بخلاف الحدود . السادسة - لا تجوز الشفاعة في الحدود وتجوز في القصاص . السابعة - الحدود سوى حد القذف لا تتوقف على الدعوى بخلاف القصاص لا بد فيه من الدعوى . والله تعالى أعلم . (٦) في ب و ج (على) .

(٧) انظر : أحكام القرآن لابن العربي (٢٨٥/١) حيث قال : وقد ناقض أبو حنيفة فقال : إنه لا يطعم ولا يسقى ولا يعامل ولا يكلم حتى يخرج . فاضطراره إلى الخروج ليس يصح معه أمن . وقال القرطبي في تفسيره

٢٧١٤٥ - قلنا : نحن نمنع مبايعته ومخالطته ، ولا نمنع أن يأكل ماله ويأكل المباحات ويشرب الماء المباح فنضيق عليه ليخرج ، ولا نقتله بالجوع والعطش .

٢٧١٤٦ - قالوا : حرمتم ما أحله الله تعالى وهو البيع وأحللتم ما حرم الله وهو هجرته وترك مخالطته [1] .

٢٧١٤٧ - قلنا : حرمنا مبايعته وقد أباح الله البيع في الجملة وحرمه في بعض الأحوال ، كبيع السلاح أيام الغزو ، ونهى النبي ﷺ عن هجرة المؤمنين وأمر (بهجران) [2] الفاسق ، وإنما وجب (الحبس) [3] على الممتنع من قضاء دينه .

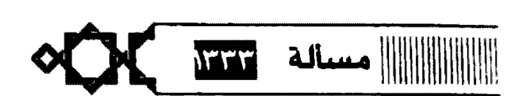
* * *

= (١١١/٢) : فنحن نقتله بالسيف وهو يقتله بالجوع والصد . فأي قتل أشد من هذا . اهـ .

(١) انظر : الحاوي للماوردي (٢٢١/١٢) وعبارته : ولأن النص وارد بتحريم الهجر وإباحة البيع . قال الله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ وقال رسول الله ﷺ : « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث » فأمر أبو حنيفة بهجره وهو محظور ، ومنع من بيعه وهو مباح ، وأخّر الاقتصاص منه وهو واجب ، فصار في الكل مخالفا للنص . وقال القرافي : إنكم خالفتم الأمر بمنعكم إياه الطعام والشراب . انظر : الذخيرة (٣٤٨/١٢) .

(٢) في ب و ج (بهجر) . وكلاهما صحيح . تقول : هجر الشيء أو الشخص هجرا ، وهجرانا : تركه وأعرض عنه . انظر : المعجم الوسيط (١٠١٢/٢) مادة هجر .

(٣) في ب و ج (بالحبس) .



حكم استيفاء الأب أو الوصي القصاص الثابت للصغير في النفس وما دونها

٢٧١٤٨ - قال أصحابنا رحمهم الله : إذا ثبت للصغير قصاص جاز للأب أن يستوفيه في النفس وما دونها . وللوصي أن يستوفى فيما دون النفس ، ولا يستوفى فيها [١] .

٢٧١٤٩ - وقال الشافعي رحمه الله : ليس لواحد منهما أن (يستوفيها) [٢] .

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (١٦١/٢٦) حيث قال الإمام السرخسي : فأما استيفاء القصاص فيؤول للأب أن يستوفى القصاص الواجب للصغير في النفس وما دون النفس . هذا ما قاله السرخسي بالنسبة للأب . وفي الوصي قال : وليس للوصي أن يستوفى القصاص في النفس لأن تصرف الولي مقصور على المال ، والقصاص في النفس ليس بمال . وفي استيفاء الوصي القصاص في الطرف روايتان : أظهرهما : أن له أن يستوفى ، لأن الطرف يسلك به مسلك الأموال ، بدليل أنه يعتبر فيه التساوي في البدل . وفي الرواية الأخرى : ليس له أن يستوفى . لأن القصاص في الطرف ليس بمال كالقصاص في النفس . اهـ . وبهذا يتضح أن الإمام القدورى لم يذكر لنا خلافا عند الحنفية في الوصي هل له أن يقتص فيما دون النفس أو لا ، وما ذكر السرخسي يفيد أن الحنفية عندهم روايتان أظهرهما ما ذكرها الإمام القدورى . وقالت المالكية : لولي الصغير من أب أو وصي أو غيرهما إذا استحق الصغير قصاصا وحده بلا مشاركة كبير فيه ، النظر بالمصلحة في القتل وفي أخذ الدية كاملة . فيجب عليه فعل الأصلح ، فإن استوت المصلحة خير ، ولا يجوز له أخذ بعض الدية مع إملاء الجاني ، انظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٥٩/٤) . يتضح من هذا أنهم لم يفرقوا بين الأب والوصي في استيفاء القصاص في النفس . ولم يفرقوا كذلك بين استيفاء القصاص في النفس وما دون النفس بالنسبة للوصي كما فرق بينهما الحنفية .

(٢) كذا في أ ، وفي ب و ج (يستوفي بها) . انظر : الأم (٦٥/٦) حيث جاء فيه : قال الإمام الشافعي رحمه الله : وكل قصاص وجب لصبي أو مغلوب على عقله فليس لأبي واحد منهما ولا وليه من كان أخذ القصاص ولا عفوه . ويحبس الجاني حتى يبلغ الصبي أو يفيق المعتوه ، فيقتصا أو يدعا أو يموتا ، فتقوم ورثتهما مقامهما . وقال الإمام الشيرازي : وإن كان الوارث صغيرا أو مجنونا لم يستوف له الولي ، لأن القصد من القصاص التشفي ودرك الغيظ ، وذلك لا يحصل باستيفاء الولي . ويحبس القاتل إلى أن يبلغ الصغير أو يعقل المجنون . لأن فيه حظا للقاتل بأن لا يقتل ، وفيه حظا للمولى عليه ليحصل . انظر : المهذب (١٨٤/٢) . فعلى هذا ينتظر بلوغ الصبي وإفاقة المجنون ، ويسجن الجاني حتى يصبح من له الحق في القصاص من أهل التكليف . وعند الحنابلة روايتان عن الإمام أحمد . وحكاهما أبو الخطاب في بعض المواضع وجهين . إحداهما : ليس للأب استيفاؤه للصغير والمجنون . وهو المذهب . والرواية الثانية : له استيفاؤه . لأن القصاص أحد بدلي النفس فكان للأب استيفاؤه كالدية . انظر : الإنصاف للمرداوي (٤٧٩/٩) ، والمغني والشرح الكبير (٤٦٠/٩) . وصورة =

٢٧١٥٠ - [لنا : أن الأب له ولاية استيفاء] [١] القصاص كالإمام . ولأن ولاية الأب أقوى من ولاية الإمام لأنه يلي بغير تولية ، فإذا جاز للإمام أن يستوفى القصاص بولايته فالأب أولى [٢] .

٢٧١٥١ - ولأنه أحد بدلي النفس فجاز أن يستوفى في حال صغر المستحق كالدية .

٢٧١٥٢ - فإن قيل : الدية تمليك للمال ، والقتل إتلاف للحق [٣] .

٢٧١٥٣ - قلنا : إتلاف هذا الحق هو التصرف المقصود فيه ، فلا يقال إنه إتلاف للحق . ألا ترى أن الإمام يستوفيه للمسلمين وهو لا يمكن من إتلاف حقوقهم .

٢٧١٥٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ ﴾ [٤] والأب ليس (بولي) [٥] ....

= المسألة بالنسبة للأب : أن تقتل أم وليس لها وارث سوى ولدها الصغير ، ولم تكن المقتولة زوجة لأبيه ، بل كان مطلقا لها . وصورتها بالنسبة للوصي : أن يقتل شخص عبدا ليتيم عمدا . ومن خلال عرض أقوال المذاهب يمكن القول بأن للفقهاء رأيان في هذه المسالة : ذهب الحنفية والمالكية إلى أنه لا ينتظر بلوغ الصبي وإفاقة المجنون فيستوفيه الولي . وهو رواية عن الإمام أحمد . إلا أن الحنفية فرقوا بين الأب والوصي في استيفاء القصاص في النفس . كما فرقوا بين النفس وما دون النفس بالنسبة للوصي . بينما لم يفرق الباقون . وذهب الشافعية والحنابلة في رواية وهو المذهب عندهم إلى أنه يسجن الجاني وينتظر حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون .

(١) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة . ويحتمل سقوطه منها . وإضافته للنص ضروري حتى يستقيم الكلام .

(٢) قاس الإمام القدوري الأب على الإمام . ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن الإمام يجوز له استيفاء القصاص إذا لم يكن للمقتول ولي . لأن السلطان ولي من لا ولي له . انظر : البدائع (٢٤٥/٧) والشرح الكبير للدردير (٢٥٩/٤) ومغنى المحتاج (٤٠/٤) والمغني والشرح الكبير (٤٧٦/٩) . وقد أجاب الإمام الشيرازي عن قياس الحنفية الأب على الإمام بأنه قياس مع الفارق فقال : لأن الحق ليس لمعين فينتظر ، وها هنا الحق لمعين ينتظر حتى يستوفى أو يعفو . ولأن تلك الولاية يملك بها الطلاق ، وبهذه الولاية لا يملك بها .

(٣) أجاب الشافعية والحنابلة عن قياس الحنفية على الدية بأنه قياس مع الفارق . فقد قال الإمام الشيرازي : الوصي يملك قبض بدل النفس ولا يملك القصاص . ولأن قبض بدل النفس تحصيل لأنه يحفظ له ، والقصاص تفويت ، لأن المقصود به التشفي ودرك الغيظ ، ولا يحصل له ذلك . انظر : النكت للشيرازي ورقة ب ٢٥٦ . وقال ابن قدامة : ويخالف الدية ، فإن الغرض يحصل باستيفاء الأب له فافترقا . ولأن الدية إنما يملك استيفاءها إذا تعينت ، والقصاص لا يتعين ، فإنه يجوز العفو إلى الدية ، والصلح على مال أكثر منها أو أقل ، والدية بخلافه . انظر : المغني والشرح الكبير (٤٦٠/٩) .

(٤) وتمام الآية الكريمة : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا۟ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ ۗ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورًا ﴾ الآية رقم ٣٣ من سورة الإسراء .

(٥) في ب و ج (بمولى) .

للمقتول [١] .

٢٧١٥٥ - قلنا : هذا يدل على أن للولي أن يستوفى . وهل يستوفى غير الولي ، موقوف على الدليل .

٢٧١٥٦ - ولأن الأب يستوفى للابن كما يستوفى الوكيل للولي عند مخالفنا [٢] .

٢٧١٥٧ - قالوا : قود غير منحتم ، فلم يجز استيفاؤه بغير إذنه أصله إذا كان لبالغ عاقل .

٢٧١٥٨ - قلنا : المستحق هناك لا يجوز أن يستوفى الدية بغير رضاه . فكذلك القصاص . والأب يجوز أن يستوفى الدية بغير رضا الصغير ، كذلك القصاص [٣] .

٢٧١٥٩ - قالوا [٤] : ولاية لا يملك بها إيقاع الطلاق ، فلا يملك بها استيفاء القصاص في النفس كولاية [الوصي] [٥] .

٢٧١٦٠ - قلنا : ولاية [الوصي] [٦] أضعف من ولاية الأب [٧] ، بدلالة أنها تثبت بتولية ولا يملك بها التزويج ، وولاية الأب تثبت بغير تولية ويملك بها التزويج .

---

(١) لأن صورة المسألة كما سبق أن قلنا : أن تقتل أم وليس لها وارث سوى ولدها الصغير ، ولم تكن المقتولة زوجة لأبيه ، بل كان مطلقا لها . ففي هذه الحالة لا يكون الأب وليا للقتيل . والآية الكريمة جعل السلطان للولي .

(٢) يجوز أن يستوفى الوكيل للولي بحضرة الولي عند الشافعية . انظر : الحاوي للماوردي (٥١٧/٦) .

(٣) ما أجاب به الإمام القدورى عن قياس الشافعية فيه نظر . لأنه في حالة وجوب الدية تكون الدية متحتمة ، وفي حالة وجوب القود تكون القود غير متحتمة ، فقد يقتص أو يعفو أو يأخذ الدية أو يصالح على أقل أو أكثر . وبانتظار بلوغ الصغير يحصل الجاني على فرصة للنجاة بالعفو ، ويجد الصغير فرصة للحصول على المال إذا كان يحتاج إليها .

(٤) انظر : المجموع مع التكملة الثانية (٤٤٢/١٨) عبارته : ولأنه لا يملك إيقاع طلاق زوجته ، فلا يملك استيفاء القصاص في النفس كالوصي . وانظر كذلك : المغني والشرح الكبير (٤٦٠/٩) وعبارته : لنا أنه لا يملك إيقاع الطلاق بزوجته فلا يملك استيفاء القصاص له كالوصي . اهـ . وهذا القياس موجه للحنفية لأنهم يتفقون مع الشافعية في أنه ليس لوصي الصغير أن يستوفى القصاص في النفس الثابت له . وأما المالكية فإن الوصي يستوفى في النفس وما دون النفس .

(٥) في النسخ الثلاثة (الصبي) ، والصواب ما أثبته بناء لما ورد في كل من تكملة المجموع والمغني والشرح الكبير .

(٦) في النسخ الثلاثة (الصبي) والصواب ما أثبته .

(٧) ما اعترض به الإمام القدورى على قياس الشافعية والحنابلة على الوصي يرتكز على كون ولاية الوصي أضعف من ولاية الأب ، فتكون ذلك قياسا مع الفارق . ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض بأن ولاية الأب وإن كان أقوى من ولاية الوصي إلا أن المقصود من القصاص لا يتحقق باستيفاء غير صاحب الحق ، لأن القصاص شرع للتشفي ودرك الغيظ ، وهذا لا يتحقق إلا بولي القتيل .

٢٧١٦١ - قالوا : من لا يملك العفو لا يملك القصاص .

٢٧١٦٢ - قلنا : إن أردتم العفو بغير عوض انتقض بالإمام [١] .

٢٧١٦٣ - فإنه لا يملك العفو بغير عوض ، (ويملك بعوض) [٢] . وإن قلتم : إنه لا يملك العفو بعوض لم نسلم . لأن الأب عندنا يجوز أن يعفو (و) [٣] يأخذ الدية .

• • •

(١) ويمكن أن يجاب عن النقض الذي أورده الإمام القدوري بأن حق استيفاء القصاص أو العفو بعوض يكون للإمام ، لأنه ليس للمقتول ولي . وفي مسألتنا المقتول له ولي معين وهو الصغير . فيمكن أن نقول : من لا يملك العفو في حالة وجود ولي صغير للمقتول لا يملك القصاص . فلا ينتقض بالإمام .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٣) كذا في ب ، وفي أ (أو) . والصواب ما أثبته . لأن الأب عند الحنفية يجوز أن يعفو على الدية وليس له أن يعفو على غير الدية .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارِنَةِ

المُسَمَّاةُ

التَّجْرِيدُ

كتاب الديات



مسالة [(١)] ١٣٣٤

[دية شبه العمد]

٢٧١٦٤ - قال أبو حنيفة وأبو يوسف : دية شبة العمد أرباع [(٢)] خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة .

٢٧١٦٥ - وقال محمد ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون ما بين ثنية إلى بازل عامها كلها خلفه [(٣)] .

٢٧١٦٦ - وقال الشافعي : مثله [(٤)] .

---

(١) قال في العناية : ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لما أن الدية أحد موجبي الجناية في الآدمي صيانة له عن القصاص لكن القصاص أشد جناية فلذ قدمه . والكلام فيها من وجوه : الأول في دليل مشروعيتها ، والثاني في معناها لغة ، والثالث في معناها عند الفقهاء ، والرابع في سبب وجوبها ، والخامس في فائدتها ، والسادس في ركنها ، والسابع في شرطها ، والثامن في حكمها . أما دليل المشروعية فقوله تعالى ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ ﴾ [سورة النساء :الآية ٩٢] . وأما معناها في اللغة فالدية مصدر ودية القاتل المقتول أعطى ديته وأعطى لوليه المال الذي هو بدل النفس ، ثم قيل لذلك المال الدية تسمية بالمصدر ، كذا في المغرب . قال في القاموس : الدية حق للقتيل جمعها ديات . وفي الصحاح : وديت القتيل أديه دية إذا أعطيت ديته . وأما معناها شرعا فالدية عبارة عما يؤدي وقد صار هذا الاسم علما على بدل النفوس دون غيرها وهو الأرش . وأما سبب وجوبها فالخطأ فإن الآدمي لما خلق في الأصل معصوم النفس محقون الدم مضمونا عن الهدر فيجب صون حقه عن البطلان . وأما الخامس وهو فائدتها فهو دفع الفساد وإطفاء نار ولي المقتول . وأما ركنها فهو الأداء والإيتاء . وأما شرط وجوبها فكون المقتول معصوم الدم متقوما بعصمة الدار ومنعة الإسلام حتى لو أسلم الحربي في دار الحرب ولم يهاجر إلينا فقتل لا تجب الدية . وأما حكمها فتمحيص ذنب التقصير بالتكفير . وفي المبسوط : يحتاج إلى بيان كيفية وجوب الدية وكيفية مقدارها . أما كيفية وجوب الدية ففي نفس الحر تجب دية كاملة يستوي فيها الصغير والكبير ، والوضيع والشريف ، والمسلم والذمي . انظر : البحر الرائق ابن نجيم المصري (٧٥/٩) .

(٢) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٣) انظر البدائع (٢٥٥/٧) وعبارة : ودية شبه العمد أرباع عندهما : خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقه وخمس وعشرون جزعة وهو مذهب عبد الله بن مسعود ﷺ وعند محمد أثلاث : ثلاثون حقة وثلاثون جزعة وأربعون ما بين ثنية إلى بازل عامها كله خلفه .

(٤) قال الإمام الشافعي : وشبه العمد وهو ما عمد بالضرب ... وفي هذا الدية مغلظة فيه ثلاثون حقة وثلاثون جزعة وأربعون خلفه ما بين ثنية إلى بازل علمه الأم (٣٤٩/٧) .

٢٧١٦٧ - لنا : ما روي في كتاب عمرو بن حزم [١] في النفس مائة من الإبل [٢] ظاهر ذلك يقتضي أدنى ما يتناوله الاسم .

٢٧١٦٨ - وروى الزهري عن السائب ابن يزيد قال كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ أرباعا [٣] خمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون بنت مخاض [٤] ومعلوم أن هذا لا يجب في دية الخطأ فلم يبق إلا أن يكون في دية شبة العمد .

٢٧١٦٩ - وروي عن عمرو بن دينار عن طاووس عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « العمد قود إلا أن يعفو ولي المقتول والخطأ عقل لا قود فيه وما كان من رمية أو ضرب مفصلًا بحجر فهي مغلظة في أسنان الإبل » [٥] فأثبت التغليظ في السن فمن أثبته في الصفة فهي الحمل فقد خالف الخبر .

٢٧١٧٠ - ولأن الصحابة اتفقوا أن تغليظ شبه العمد على الخطأ يقع [٦] بشيء واحد فجعل ابن مسعود دية الخطأ أرباعًا [٧] .

٢٧١٧١ - وقالوا في شبه العمد شيئًا واحدًا فمن نقص لسن خالف إجماعهم ولأنها دية فلا تجب فيها الحوامل كالخطأ ولأنه بدل عن النفس فكان الأسنان فيه متساوية كالخطأ .

٢٧١٧٢ - قالوا : نقلب فنقول فكانت الأسنان فيه وترًا .

٢٧١٧٣ - قلنا : هذا القلب يؤكد قولنا لأنها وتر متساوية والتساوي طريقة

---

(١) هو : عمرو بن حزم بين زيد بن لوذان بن حارثة بن عيد بن زيد بن ثعلبة بن زيد بن مناة بن حبيب بن عبد الله بن حارثة بن مالك بن جشم بن الحارث بن الخزرج الأنصاري أبو الضحاك له صحبة ، شهد الخندق مع رسول الله ﷺ وبعثه رسو الله ﷺ إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن والديات . روي عنه : ابنه محمد بن عمرو وزياد بن نعيم الحضرمي والنضر بن عبد الله السلمي . قال سعيد بن عفير توفي سنة ثلاث وخمسين وقيل أربع وخمسين . انظر : تهذيب الكمال للمزي (٥٨٧/٥٨٥/٢١) .

(٢) ما روي في كتاب ابن حزم في النفس بيانه من الإبل . أخرجه النسائي في سننه المجتبي (٥٩/٨) برقم ٤٨٥٥ ، والبيهقي في السنن الكبرى (٧٣/٨) برقم ١٥٩٢٤

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٤) حديث السائب بن يزيد أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٥٠/٧) برقم ٦٦٦٤ .

(٥) أخرجه الدارقطني في سننه كتاب الحدود والديات وغيره برقم ٤٧ . انظر سنن الدارقطني (٩٤/٣) .

(٦) ساقطة من (ص) .

(٧) حديث ابن مسعود . أخرجه أبو داود في سننه (١٨٤/٤) برقم ٤٥٤٥ .

صحيحة لأن الأنواع إذا كان دخول كل واحد كالآخر وجب أن يتساوى أما الوتر والشفع فتجب للدلالة على أن دية الخطأ أحق .

٢٧١٧٤ - قلنا : هذه المخالفة تقتضي تغليظ شبة العمد غلظناه وليس يلزم التغليظ من كل الوجوه ولأنه حق تعلق بأسنان مختلفة من الإبل فلا يزيد على الجذع كالزكاة .

٢٧١٧٥ - ولأنه حق يتعلق [1] بجنس الحيوان فلا يعتبر فيه الحوامل كالزكاة وعتق الرقاب والهدايا .

٢٧١٧٦ - فإن قيل : الزكاة مواساة فلا يجوز التغليظ فيها والمقصود من الهدي اللحم ولحم الحامل ناقص والكفارة تثبت بعتق الآدمية والحمل فيها نقص .

٢٧١٧٧ - قلنا : الزكاة لا يجوز تغليظها والدية لا يجب تغليظها بكل وجوه التغليظ وقولهم المقصود بالهدي اللحم ولحم الهدايا ناقص فكذلك النقص لم يمنع من جوازها في الهدي ولم يجب .

٢٧١٧٨ - وقولهم أن الحمل في الآدمية نقص فكذلك لم [2] يشترط في الكفارة ولأن ذلك لا يمنع جواز عتقها ولا يشترط ذلك فيها ولأنه صنف من الدية فلا يشترط فيه الحمل كالجذع .

٢٧١٧٩ - ولأنه سن لا تجب في الزكاة [فلا يجب في الدية كما زاد على البازل] [3] .

٢٧١٨٠ - ولا يلزم [بنت مخاض] [4] ابن مخاض [لأن هذا الشطر يجب في الزكاة إذا بنت مخاض وابن مخاض] [5] سن واحد .

٢٧١٨١ - ولأن زيادة الفعل توجب تغليظ الدية كما أن زيادة المال توجب تغليظ الزكاة ثم لم يجز أن تزيد الزكاة على الجذع بزيادة المال كذلك بزيادة الفعل في مسألتنا لا يوجب زيادة السن على الجذع وإن أوجب زيادة العدد .

٢٧١٨٢ - ولأن كل سن ليس له مدخل في دية الخطأ وليس له مدخل في كونه شبه العمد كما زاد على البازل .

---

(١) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٢) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقطة من صلب (م) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقطة من صلب (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

٢٧١٨٣ - ولأن كل سن يجب في الدية يوافق السن الذي يجب معه في العدد أصله الحقان والجذع في شبة العمد وأصله أسنان دية الخطأ .

٢٧١٨٤ - احتجوا : بما روي سفيان بن عيينة عن علي بن زيد بن جدعان [١] عن القاسم بن ربيعة عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال ألا إن قتيل عمد [٢] الخطأ بالسوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون خلفة في بطونها أولادها [٣] .

٢٧١٨٥ - قلنا : هذا الخبر مضطرب الإسناد لأن شعبة رواه عن أيوب عن القاسم ابن ربيعة [٤] عن عبد الله بن عمر [٥] وتارة يرويه عن رجل من أصحاب رسول الله ﷺ [٦] قضى في دية شبة العمد بثلاث وثلاثين حقة وثلاث وثلاثين جذعة وأربع وثلاثين خلفة . هذا مضاف إلى خطبة النبي ﷺ يوم الفتح وهو مستند إلى الكعبة [٧] .

٢٧١٨٦ - ولو كان هذا صحيحًا لم ينفرد بنقله ابن عمر وكذا رواه أصحاب رسول الله ﷺ .

٢٧١٨٧ - ولأن الاختلاف في هذه المسألة ظهر بين الصحابة فقال علي وعمر رضي الله عنهما ثلاث وثلاثون وأربع وثلاثون [٨] .

٢٧١٨٨ - وقال ابن مسعود أرباعًا [٩] وقال عثمان ثلاثة وثلاثون من كل صنف [١٠] .

---

(١) هو : علي بن يزد بن جدعان الإمام العالم الكبير أبو الحسن القرشي التيمي البصري الأعمى ولد في دولة يزيد وحدث عن : أنس بن مالك ، وسعيد بن المسيب ، وأبي عثمان النهدي وعروة بن الزبير وأبي قربة وعدة . حدث عنه : شعبة وسفيان وحماد بن سلمة وعبد الوارث وحماد بن زيد وعدة . ولد أعمى كقتادة وكان من أوعية العلم على تشيع قليل فيه وسوء حفظه يغضيه عن درجة الإتقان . مات سنة إحدى وثلاثين ومائة . انظر : سير أعلام النبلاء (٦/٤٢/٤٣) . (٢) ساقطة من (ص) .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٤/١٨٥) برقم ٤٥٤٧ ، والنسائي في سننه (٨/٤١) برقم ٤٧٩٣ وغيرهم .

(٤) هو : القاسم بن ربيعة بن جوشن الغطفاني الجوشني ابن عم عيينة بن عبد الرحمن بن جوشن . روي عن : عبد الله بن عمر بن الخطاب ، عبد الله بن عمرو بن العاص وعبد الرحمن بن عوف وعقبة بن أوس وعمر بن الخطاب وأبي بكرة الثقفي ، روى عنه : أيوب السختياني وحميد الطويل وخالد الهذاء وعلي بن زيد بن جدعان وآخرون وروى له أيضًا : أبو داود والنسائي وابن ماجه . انظر : تهذيب الكمال (٢٣/٣٤٧/٣٤٨) .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٤/١٩٥) برقم ٤٥٨٨ ، والبيهقي في السنن الكبرى (٨/٤٤) برقم ١٥٧٧٧ .

(٦) أخرجه النسائي في سننه (٨/٤١) برقم ٤٧٩٤ . (٧) أخرجه أبو داود في سننه (٤/١٨٥) برقم ٤٥٤٧ .

(٨) الأثر عن علي أخرجه أبو داود في سننه (٤/١٨٦) برقم ٤٥٥١ ، والأثر عن عمر أخرجه أبو داود في سننه (٤/١٨٦) برقم ٤٥٥٠ . (٩) أخرجه أبو داود في سننه (٤/١٨٦) برقم ٤٥٥٢ .

(١٠) انظر السنن الكبرى للبيهقي (٨/٦٩) برقم ١٥٩٠٢ . وعبارته : وروى عثمان بن عفان وزيد بن ثابت رضي الله عنهما ما يخالف بعضه .

٢٧١٨٩ - وقال زيد مثل قولهم [١] .

٢٧١٩٠ - ولو كان هذا الخبر ثابتًا لم يختلفوا ولا احتج بعضهم على بعض فلما لم يحتج به دل على أنه غير ثابت ويحتمل أن يكون هذا في الوقت الذي كان بيع الحمل جائزًا وكان يجوز ثبوت الحوامل في الدية ثم نسخ ذلك .

٢٧١٩١ - وكذلك الجواب عما روي عن عبادة بن الصامت قال : قضى رسول الله ﷺ في الدية العظمى بثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة [٢] .

٢٧١٩٢ - قالوا : دية نفس فوجب أن يكون عدد أنواعها وترًا كالخطأ .

٢٧١٩٣ - قلنا : نقلب فنقول فلا تجب فيها الحوامل أو فوجب أن تتساوى أنواعها فلا تفاضل .

٢٧١٩٤ - قالوا : بنت مخاض لا تصلح للحمل عليها فوجب أن لا تجزئ في الدية المغلظة أصله الفصلان .

٢٧١٩٥ - قلنا : المعنى في الفصلان أنها لا تجزئ في الذكور الكبار وليس كذلك بنت مخاض لأنها تجوز في زكاة الكبار بنفسها فجاز أن تجب في دية شبه العمد .

* * *

(١) وعبارته : وروى عثمان بن عفان وزيد بن ثابت ﷺ ما يخالف بعضه .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧٤/٨) برقم ١٥٩٣٤ .

مسألة ١٣٣٥

[دية الخطأ]

٢٧١٩٦ - قال أصحابنا : دية الخطأ أخماسًا عشرون جذعة وعشرون حقة وعشرون بنت لبون وعشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض [١] .

٢٧١٩٧ - قال الشافعي : عشرون ابن لبون [٢] .

٢٧١٩٨ - لنا : قوله ﷺ في النفس مائة من الإبل [٣] وظاهره يقتضي أدنى ما يتناوله الاسم وروى خشف [٤] بن مالك الطائي عن ابن مسعود أن النبي ﷺ قضى في دية الخطأ مائة من الإبل عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت لبون وعشرون بنت مخاض وعشرون بن مخاض [٥] .

٢٧١٩٩ - فإن قيل : رواه الحجاج بن أرطأة [٦] عن زيد بن جبير [٧] عن حنيف ابن مالك والحجاج ضعيف .

٢٧٢٠٠ - قلنا : قد روي أصحابنا عن الحجاج وهذا تعديل منهم وإنما طعن

---

(١) انظر المبسوط (٧٧/٢٦) وعبارته : والسن الخامس عندنا ابن مخاض وعند الشافعي ابن لبون .

(٢) الأم (١٢٣/٦) وعبارته : فدية الخطأ أخماس : عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جزعة . (٣) سبق تخريجه .

(٤) هو : خشف بن مالك الطائي الكوفي روي عن عبد الله بن مسعود وعمر بن الخطاب وأبيه مالك الطائي روي عنه : زيد بن جبير الجشمي قال النسائي : ثقة . روى له الأربعة . انظر : تهذيب الكمال (٢٤٩/٨) .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (١٨٤/٤) برقم ٤٥٤٥ ، وابن ماجه في سننه (٨٧٩/٢) برقم ٢٦٣١ .

(٦) هو : حجاج بن أرطأة بن ثور بن هبيرة بن شراحيل بن كعب الإمام العلامة مفتي الكوفة مع الإمام أبي حنيفة والقاطي ابن أبي ليلى أبو أرطأة النخعي الكوفي الفقيه أحد الأعلام ولد في حياة أنس بن مالك وغيره من صغار الصحابة . روي عن : عكرمة وعطاء والحكم ونافع ومكحول وجبلة بن سحيم والزهري وقتادة والقاسم بن برة وعمرو بن شعث وآخرون . حدث عنه : منصور بن المعتمر وهو أحد شيوخه وقيس بن سعد وابن إسحاق وشعبة وهو من أقرانه والحماد والثوري وشريك زياد البكاني وغيرهم ولي قضاء البصرة وكان جائز الحديث : إلا أنه صاحب إرسال وكان يرسل عن يحيى بن أبي كثير توفي سنة ١٤٥ أو ١٤٩ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٦٢/٥٦/٧) .

(٧) زيد بن جبير الطائي الكوفي من ثقات التابعين حدث عن ابن عمر في الثقات . روى عن : خشف بن مالك وأبي يزيد الضبي . حديث عنه : حجاج بن أرطأة وشعبة والثوري وإسرائيل وزهير وأبو عوانة وآخرون وثقه يحيى بن معين وقال النسائي : ليس به بأس . مجموع له سبعة أحاديث . انظر : سير أعلام النبلاء (١٦٨/٦) .

أصحاب الحديث عليه عن سليمان التيمي عن أبي مجانة عن أبي عبيدة عن ابن مسعود أنه قال في دية الخطأ عشرون ابن [1] لبون [2] وكيف يظن أن ابن مسعود يسمع عن النبي ﷺ ما يقول خلافه .

٢٧٢٠١ - قلنا : روى عبد الله بن المبارك عن سليمان التيمي بهذا الإسناد بعينه عن ابن مسعود [3] وذكر فيه بني المخاض وابن المبارك أثبت من حماد وروى إسرائيل ابن يونس عن منصور بن المعتمر عن أبي عبيدة عن عبد الله وذكر بني مخاض [4] .

٢٧٢٠٢ - ورواه أشعث بن سوار [5] عن الشعبي وزيد بن ثابت ومحمد بن الحسن في كتاب الآثار عن ابن مسعود مثل قولنا ، وذكر الطحاوي بإسناده عن سفيان الثوري عن منصور عن إبراهيم عن ابن مسعود في دية الخطأ أخماسًا عشرون بنو مخاض [6] فإذا تعارضت الروايتان فأثبتهما ما وافق الخبر الذي رواه عن النبي ﷺ .

٢٧٢٠٣ - ولأن بنت لبون سن قبله سن في صدقة الإبل فلا يجتمع منه الذكر والأنثى في الدية كالحقة .

٢٧٢٠٤ - ولأن ابن لبون أقيم مقام غيره في الزكاة فلم يضم إلى أسنان الإبل في الدية كالسائر ولأنه أجرى مجرى بنت مخاض وجعل [زيادة سنه بنقصان صفته فلو ضممناه إلى بنت مخاض صار كالنوع وقد اتفقنا أن في] [7] الخطأ أخماسًا فلا يجوز جعلها أرباعًا .

٢٧٢٠٥ - ولأن كل موضع وجب ابن لبون لم يجز أن يكون أصلًا مع القدرة على بنت مخاض أصله الزكاة .

---

(١) في (م) ، (ع) : [بنت] .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧٥/٨) برقم ١٥٩٣٧ .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧٥/٨) برقم ١٥٩٣٧ .

(٤) انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٧٥/٨) برقم ١٥٩٣٧ .

(٥) هو : أشعث بن سوار الكندي الكوفي النجار التوابيتي الأحزق مولى ثقيف وهو الأشرم وهو قاضي الأهواز حدث عن : الشعبي وعكرمة والحسن وابن سيرين . حدث عنه : شعبة وعبثر بن القاسم وهشيم وحفص بن غياث وآخرون وروى له مسلم متابعة وكان أحد العلماء على لين فيه توفي سنة ست وثلاثين ومائة . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٥٢/٦/٤٥٣) .

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧٤/٨ برقم ١٥٩٣٦ .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش ومن (ع) .

٢٧٢٠٦ - احتجوا : بما روي سهل بن أبي حثمة [١] أن رسول الله ﷺ أدى قتيل الأنصار من إبل الصدقة [٢] وليس في إبل الصدقة بنو مخاض وإنما فيها بنو لبون .

٢٧٢٠٧ - قلنا : يجوز أن يكون فيها ابن مخاض عندنا أخذ على طريق القيمة ويجوز أن يكون توالدت الإبل بعد أخذها .

٢٧٢٠٨ - ولأن النبي ﷺ أدى ما لا يجب عليه فإذا تبرع بالأصل لإصلاح ذات البين جاز أن يتبرع بزيادة سن على الواجب وإن كان ذلك لا يلزمه قالوا روى ابن مسعود أن رسول الله ﷺ قضى في دية العمد [٣] الخطأ بمائة من الإبل خمسًا جذاعًا وخمسًا حقاقا وخمسًا بنات لبون وخمسا بنات مخاض [٤] .

٢٧٢٠٩ - قلنا : قد روينا ضد هذا من طريق ابن مسعود من قول [٥] ابن مسعود نفسه [٦] .

٢٧٢١٠ - قالوا : إذا تعارضت الروايتان ففي خبرنا زيادة حكم فكان أولى .

٢٧٢١١ - قلنا : لم يثبت التعارض كان المسمى أولى .

٢٧٢١٢ - ولأن بني المخاض يدخل في بني اللبون فيجوز أن يكون الراوي شاهدا الدية بعد مضي تمام الحول الثاني وقد صارت بني لبون فظن أنها كذلك وجبت ولا يمكن تأويل بني المخاض أن ابن لبون لا يدخل فيه .

٢٧٢١٣ - قالوا : فقد روي سليمان بن يسار [٧] عن النبي ﷺ مثل

---

(١) هو : سهل بن أبي حثمة واسمه عبد الله وقيل : عامر بن ساعدة بن جشم بن مجدعة بن حارثة ابن الحارث بن الخزرج الأنصاري أبو عبد الرحمان ويقال : أبو يحيى ويقال أبو محمد المدني صاحب النبي ﷺ . روي عن النبي ﷺ وزيد بن ثابت ومحمد بن مسلمة الأنصاري . روي عنه : بشير بن يسار وصالح بن خوات بن جبير وعبد الرحمن بن مسعود بن نبار وعروة بن الزبير وغيرهم . قال الواقدي : مات النبي ﷺ وهو ابن ثمان سنين وحفظ عنه : وهذا خلاف ما حكاه ابن أبي حاتم . روي له جماعة . انظر : تهذيب الكمال (١٧٩/١٧٧/١٢) .

(٢) أخرجه البخاري في صحيح (٢٥٢٨/٦) برقم ٦٥٠٢ ، ومسلم في صحيح (١٢٩٢/٣) برقم ١٦٦٩ .

(٣) ساقطة من (ص) .

(٤) تمام الحديث وخمسًا ابن لبون أخرجه الدارقطني في سننه (١٧٥/٣) برقم ٢٦٧ .

(٥) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٦) سبق تخريجه .

(٧) هو : سليمان بن يسار الفقيه الإمام عالم المدينة ومفتيها أبو أيوب وقيل : أبو عبد الرحمن وأبو عبد الله المدني مولى أم المؤمنين ميمونة الهلالية أخو عطاء بن يسار وعبد الملك وعبد الله . وقيل : كان سليمان مكاتبا لأم سلمة =

قولنا[1] وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ [ورواه عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ] [2] والمراسيل ترجح بها .

٢٧٢١٤ - قلنا : ما لا يصح الاحتجاج به لا يقع به الترجيح .

٢٧٢١٥ - ولأن الشافعي احتج بحديث سليمان بن يسار قال كانوا يقولون في دية الخطأ أخماسًا [3] فكيف يكون عن ابن يسار عن النبي ﷺ غير حديث ابن مسعود .

٢٧٢١٦ - قالوا ابن يسار تابعي فإذا قال كانوا يقولون فإنما يعني الصحابة فصار هذا إجماع .

٢٧٢١٧ - قلنا : الخلاف في هذه المسألة ظاهر بين الصحابة قال ابن مسعود مثل قولنا [4] .

٢٧٢١٨ - وقال علي بن أبي طالب أرباع خمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون بنت مخاض [5] .

٢٧٢١٩ - وقال عثمان وزيد بن ثابت عشرون بنت مخاض وعشرون ابن لبون وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة [6] فكيف يدعي الإجماع قالوا كل ما لا تجب فيه الزكاة لا تجب في دية الخطأ كالثنايا .

٢٧٢٢٠ - قلنا : يبطل بابن لبون .

٢٧٢٢١ - فإن قالوا ثبت في الزكاة .

٢٧٢٢٢ - قلنا : على طريق البدل وكذلك بنت مخاض عندنا فلأن الثنايا لا تؤخذ الأنثى منها فلم يجب الذكر ولما كان ابن مخاض تجب الأنثى منه في مفتتح الأسنان كذلك أن يؤخذ الذكر .

= ولد في خلافة عثمان حدث عن : زيد بن ثابت وابن عباس وأبي هريرة وحسان بن ثابت وجابر بن عبد الله وعدة من الصحابة . حدث عنه : أخوه عطاء والزهري وبكير بن الشبح وعمرو بن دينار وعمرو بن ميمون بن مهران وسالم أبو النضر وربيعة الرأي وغيرهم . توفي سنية ١٠٧ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٧٦/٣٧٣/٥) .

(١) وعبارته : عن سليمان بن يسار أنهم كانوا يقولون آية الخطأ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٣) انظر : الأم (١٢٣/٦) ، والسنن الكبرى للبيهقي (٧٣/٨) برقم ١٥٩٢٨ .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧٤/٨) برقم ١٥٩٣١ .

(٦) أخرجه الدارقطني في سننه (١٧٦/٣) برقم ٢٧٠ .

٢٧٢٢٣ - قالوا ابن مخاض دون ما افتتحت به فريضة الإبل من جنسها فوجب أن لا يجب في الدية أصله الفصلان .

٢٧٢٢٤ - قلنا : ابن مخاض عن السن افتتحت به الفريضة ونقصانه إنما هو في الصغر لنقصان ابن لبون والمعنى في الفصلان أن الأنثى منها لا تجزي في الديات كذلك الذكر فلما جازت الأنثى من هذا السن لم يتقدمها غيرها جاز أن يجب الذكر .

٢٧٢٢٥ - قالوا مالا يجب على من يجب عليه على طريق المواساة فوجب أن لا يكون فيه بني مخاض كالزكاة .

٢٧٢٢٦ - قلنا : الدية تجب على طريق العوض وإنما تتحملها العاقلة عن القاتل مواساة فأما أن يكون وجوبها كذلك .

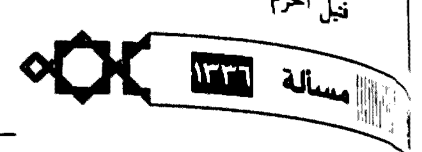
٢٧٢٢٧ - ولأن ولا شبه العمد يجب على العاقلة على سبيل المواساة لم يجز أن تجب فيه الحوامل وإن كان لا تجب في الزكاة .

٢٧٢٢٨ - ولأن الزكاة لما لم يجتمع فيها من سن واحد الذكر والأنثى أصلًا لم يجب فيها بنو مخاض فلما اجتمع الذكر والأنثى من سن واحد أصلا جاز أن يجب بنو المخاض .

٢٧٢٢٩ - قالوا بنت مخاض أحد طرفي سن الزكاة فلم يجب من سنها الذكر كالجذعة .

٢٧٢٣٠ - قلنا : الجذعة أعلى سن يجب فلو اجتمع فيه ذكر وأنثى تعطلت الدية وابن مخاض أدنى سن يجب فاجتماع الذكر والأنثى لا يؤدي إلى التغليظ ووجوب الديات على التخفيف فكلما قرب منه فهو أولى .

* * *



[قتيل الحرم خطأ]

٢٧٢٣١ - قال أصحابنا : إذا قتل قتيلًا في الحرم خطأ لم تغلظ الدية [١] .

٢٧٢٣٢ - وقال الشافعي : تغلظ بالحرم والأشهر الحرم وقتل ذوي الأرحام .

٢٧٢٣٣ - قالوا إذا كان القاتل محرمًا فيه وجهان فإن قتل بالمدينة تغلظت الدية على القول الذي يقول إذا قتل صيدًا أخذ مثله [٢] .

٢٧٢٣٤ - لنا قوله تعالى : ﴿ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ ﴾ [٣] وهذا يقتضي وجوب أدنى ما يتناوله الاسم وكذلك قوله ﷺ « في النفس مائة من الإبل » [٤] .

٢٧٢٣٥ - وحديث بن مسعود أن النبي ﷺ قال في دية الخطأ أخماسًا [٥] ولم يفصل ولأنه حكم يتعلق بقتل الخطأ ولا يغلظ بالحرم وكالكفارة .

٢٧٢٣٦ - ولأن الكفارة تجب لحق الله تعالى والحرم مؤثر في حقوق الله تعالى فلما لم تتغلظ به الكفارة فالدية التي تجب لحق الآدمي .

٢٧٢٣٧ - فإن قيل الكفارة لا تتغلظ في شبه العمد كذلك لا تتغلظه بالحرم ولما تغلظ الدية لشبه العمد جاز أن تتغلظ بالحرم .

٢٧٢٣٨ - قلنا : تغلظ الوجوب لاعتماد القتل لا يدل على أن الخطأ الذي لم يتعمده يتغلظ بالحرم ألا ترى أن الاعتماد يجوز أن يؤثر في إيجاب القصاص ولم يدل على أن الخطأ في الحرم يتغلظ بالقصاص .

٢٧٢٣٩ - ولأنه بدل عن النفس فلا يغلظ بالحرم كالدية في شبه العمد ولا يقال : إن

---

(١) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٣٣٤/٢) وعبارته : اختلف السلف وفقهاء الأمصار في المقتول في الحرم والشهر الحرام فقال أبو حنيفة ومحمد وزفر وابن أبي ليلى ومالك : القتل في الحرم والشهر الحرام هو في غيره فيما يجب من الدية والفور .

(٢) مع مختصر المزني مع الأم (٣٥١/٨) وعبارته : وكذلك التغليظ في النفس والجراح في الشهر الحرام والبلد الحرام وذي الرحم وجاء في مغني المحتاج (٢٩٧/٥) ، وخرج بالحرم الإحرام . لأن حرمته عارضة غير مستمرة ، وبمكة حرم المدينة بناء على منع الجزاء بقتل صيده وهو الأصح .

(٣) سورة النساء : الآية رقم ٩٢ . (٤) سبق تخريجه .

(٥) سبق تخريجه .

هذه الدية مغلظة في نفسها لأنه كان يجب أن تتغلظ بزيادة القدر .

٢٧٢٤٠ - كما روى عن عثمان ولأن الدية أحد موجبي القتل فلا تتغلظ بالحرم كالقصاص .

٢٧٢٤١ - ولا يقال أن القتل لا يمكن تغليظه لأن القتل في قطع الطريق قد غلظ بالصلب وتغلظ قتل الزاني بالرجم .

٢٧٢٤٢ - ولأنه بدل عن النفس فلا يغلظ بالشهر الحرام كالقصاص .

٢٧٢٤٣ - ولأن فضيلة الزمان لا تؤثر في تغليظ الدية كشهر رمضان وكذلك فضيلة المقتول بالرجم لا توجب تغليظ الدية كفضيلة الجار والزاهد العالم .

٢٧٢٤٤ - ولأنه ضمان متلف فلا يختلف بالقرب والبعد كضمان المال .

٢٧٢٤٥ - ولأنه خطأ محض فلا يتغلظ الدية فيه كالقتل في شهر رمضان وكمن قتل جاره .

٢٧٢٤٦ - احتجوا : بما روي يزيد بن هارون [١] عن الليث عن مجاهد عن عمر بن الخطاب أنه قال : من قتل في الحرم أو قتل ذا رحم أو قتل في الشهر الحرام فعليه دية وثلث [٢] .

٢٧٢٤٧ - وروى ابن أبي نجيح عن أبيه أن امرأة قتلت بمكة فقضى عثمان رضي الله عنه بديتها ستة آلاف وألفي درهم تغليظًا بالحرم [٣] .

٢٧٢٤٨ - وروى نافع بن جبير أن رجلًا قتل رجلًا في الشهر الحرام في البلد الحرام فقال ابن عباس ديته اثني عشرا ألفًا وللشهر الحرام أربعة آلاف وللبلد الحرام أربعة آلاف فكمل عشرون ألف [٤] .

---

(١) هو : يزيد بن هارون بن زادي الإمام القدوة شيخ الإسلام أبو خالد السلمي مولاهم الواسطي الحافظ مولده في سنة ثمان عشر ومائة . سمع من عاصم الأحول ويحيى بن سعيد الأنصاري القاضي وسليمان التيمي وسعيد الجريري وحميد الطويل وداود بن أبي هند وخلق كثير . حدث عنه : بقية بن الوليد وعلي بن المديني وأحمد بن حنبل وأبو بكر بن أبي شيبة وزهير بن حرب وآخرون . كان رأسًا في العلم والعمل ثقة حجة كبير الشأن . قال عنه علي بن المديني : ما رأيت أحفظ من يزيد بن هارون وقال أحمد بن حنبل : كان يزيد حافظًا متقنًا . توفي سنة ٢٠٦ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٣٦/٢٢٨/٨) .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧١/٨) برقم ١٥٩١٤ .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧١/٨) .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤٢١/٥) برقم ٢٧٦٠٧ ، والبيهقي في السنن الكبرى (٧١/٨) برقم ١٥٩١٤ .

٢٧٢٤٩ - وقالوا وهؤلاء ثلاثة لا يعرف لهم مخالف ولأنهم قالوا ما لا يقتضيه القياس فالظاهر أنه موقوف .

٢٧٢٥٠ - قلنا : روي الثوري عن شعبة عن الحكيم عن إبراهيم عن الأسود أن رجلًا أصيب عند البيت فسأل عمر عليا ﷺ فقال له عليّ ديته من مال بيت المسلمين [١] ولم يكن ذلك قد وافقنا مخالفنا على أنه ليس بواجب فلا يصح احتجاج به .

٢٧٢٥١ - ولا يجوز أن يقال قد قالوا بالتغليظ لأنهم إذا [٢] قالوا بتغليظ لا يقولون به لم يصح أن يثبت به تغليظا لم يرو عنهم .

٢٧٢٥٢ - ألا ترى أن النبي ﷺ قال من قتل عمدًا قتلناه [٣] واتفقنا على سقوط القصاص .

٢٧٢٥٣ - قالوا أن قاتلًا يجب واحتج بهذا الخبر وقال أن النبي ﷺ قال أوجب معنى فدل أن هذا قتل يوجب ضمانًا لم يصح لأن الإيجاب الذي اقتضاه الخبر ساقط فلا يثبت به ما لم يتضمنه فإن قيل قد قالوا : أن الدية مغلظة .

٢٧٢٥٤ - قلنا : تغلظ لا يقولون به .

٢٧٢٥٥ - قالوا : يجوز أن يكونوا أوجبوا ذلك قيمة الإبل .

٢٧٢٥٦ - قلنا : قولهم تثبت دية الحر يدل أن التغليظ على أنه سامح هذا التأويل .

٢٧٢٥٧ - قلنا : يحتمل أن يكون القتل شبه العمد .

٢٧٢٥٨ - فإن قالوا لا يغلظ لأجل الحرم .

٢٧٢٥٩ - قلنا : وذلك يقوم بزيادة الأسنان لا يوجب أن يكن ثلث الدية للحرم وإنما زيادة السن لأجل الحرم عندهم فتساوينا في ترك ظاهر قولهم .

٢٧٢٦٠ - فإن قيل : إذا ثبت التغليظ بقولهم سقط قولكم .

٢٧٢٦١ - قلنا : إذا ثبت أن التغليظ لا يثبت في الأسنان سقط قول مخالفنا .

٢٧٢٦٢ - قالوا : قتل في الحرم فكان العمد والخطأ في غرمه سواء كالصيد .

---

(١) أخرجه الجصاص في أحكام القرآن (٣٣٤/٢) ، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٥١/١٠) برقم ١٨٣١٧ .

(٢) ساقطة من (ص) .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦٠/٨) برقم ١٥٨٥٥ ولفظه : من قتل عمدا دفع إلى أولياء المقتول فإن شاء قتله وإن شاء أخذ الدية .

٢٧٢٦٣ - قلنا : الصيد يضمن بالعمد كما يضمن بالخطأ فلم يكن الاعتماد فيه زيادة غرم وأما قتل الآدمي فيجب في عمده من الضمان أكثر مما يجب في الخطأ فلا يتغلظ بالحرم خطأه حتى يلحق بعمد كما لا يتغلظ بإيجاب القصاص .

٢٧٢٦٤ - ولأن الصيد لما جاز أن يؤثر الإحرام في حكم [1] ضمانه جاز أن يؤثر الحرم ولما لم يجز أن يؤثر الإحرام في زيادة دية المقتول المحرم كذلك الحرم .

٢٧٢٦٥ - ولأن الصيد لا يضمن في غير الحرم لأنه يملك بإيقاع الفعل والملك لما لا يملك من التمليكات يستوي في ضمانه العمد والخطأ فأما الآدمي فيتغلظ حكم إتلافه بالعمد عقوبة على فعله والخاطئ لا يستحق العقوبة بفعله فلم يبق إلا بمجرد الإتلاف فيلزمه أقل الضمانين .

٢٧٢٦٦ - قالوا دية كاملة وجبت بقتل في الحرم فوجب أن تكون مغلظة كما لو قتله في الحرم عمدًا واحترزوا بقولهم دية عن قيمة العبد المقتول في الحرم وبقولهم كاملة عن غرة الجنين .

٢٧٢٦٧ - قلنا : قولكم وجبت بقتل في الحرم لا يؤثر في الأصل لأن شبه العمد في الحرم والحل سواء والمعنى في الاعتماد أنه معنى لو تجرد أوجب الضمان فإذا لم يتجرد جاز أن يتغلظ به البدل وحرمة الحرم في الخطأ لا يجوز أن تؤثر في القصاص فلم يجز أن تؤثر في زيادة بدل الخطأ .

٢٧٢٦٨ - قالوا الدية تجب مخففة تارة ومغلظة أخرى كما أن الجزاء يجب بقتل الصيد في الحل تارة ويسقط أخرى ثم ثبت أن الجزاء يجب بقتل الصيد في الحل تارة [وسقط أخرى وجبت الجزاء] [2] بكل حال من الحرم فكذلك التغليظ .

٢٧٢٦٩ - قلنا : هذا غير مسلم لأن الضمان بقتل الصيد يجب في الحرم تارة ولا يجب أخرى ثم لا يجب بالقتل في الحرم بكل حال وكذلك وجوب الضمان بحلق الرأس وقص الظفر يجب في الحل تارة ولا يجب أخرى ثم لا يتحتم بالحرم .

٢٧٢٧٠ - ولأن الحرم ما أثر في ضمان الصيد أثر في حق الله تعالى ولما لم يؤثر الحرم في قتل الآدمي فيما يجب لحق الله تعالى وهو الكفارة لم يؤثر فيما يجب لحق الآدمي .

٢٧٢٧١ - قالوا الزمان والمكان والرحم لكل واحد منهم تأثير في المنع أما الزمان

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش .

فقال الله تعالى ﴿ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلشَّهْرِ ٱلْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ ﴾ [١] أما الحرم فقال النبي ﷺ أن أعتى الناس على الله من قتل في الحرم [٢] وأما الرحم فروي أن أبا بكر أراد أن يقتل أباه فقال له النبي ﷺ دعه يلي قتله غيرك [٣] وإذا كان لهذه المعاني تأثير في المنع من القتل فإذا انضاف إلى قتل الخطأ وجب أن يغلظ بها الدية كما لو انضاف إلى الخطأ أن يكون قاصدًا فيكون عمد الخطأ .

٢٧٢٧٢ - قلنا : يبطل إذا قتل جاره فقد انضم إلى القتل معنى يؤثر في المنع من القتل لأن الجار له حرمة فقال ﷺ أوصاني جبريل بالجار ثم هذه الحرمة لم توجب زيادة بدل .

٢٧٢٧٣ - ولأن العمد فعل القاتل فيجوز أن يؤثر في زيادة البدل إذا كان على صفة والزمان والمكان لا يعود إلى فعله فلا يجوز أن يؤثر في زيادة البدل .

٢٧٢٧٤ - ولأن هذه الحرمات تنضم إلى قتل شبه العمد فتكون فيه وعدمها ووجودها سواء وإن كان التغليظ بها أشبه فلا يكون وجودها وعدمها في الخطأ وهو مما لا يستحق فيه التغليظ أولى .

* * *

(١) سورة البقرة :الآية ٢١٧ .

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (١٧٩/٢) برقم ٦٦٨١ .

(٣) أخرجه الإمام الشافعي في الأم (٢٣٦/٤) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٨٦/٨) برقم ١٦٥٥١ .



مسألة ١٣٣٧

[تقدير الدية من الدراهم والدنانير]

٢٧٢٧٥ - قال أصحابنا : الدية من الدراهم والدنانير مقدرة ويجوز أخذها مع القدرة على الإبل واختلفوا وقال [1] أبو بكر الرازي : إن كل فرع بنفسه .

٢٧٢٧٦ - وقال غيره الأصل والإعادة بذلك فيها إلا أنه بدل مقدر بالشرع لا تجوز الزيادة عليه ولا نقصان [2] .

٢٧٢٧٧ - وقال الشافعي : الدية مائة من الإبل لا يجوز العدول عنها إلى غيرها مع القدرة عليها فإن أعوزت ففيه قولان :

٢٧٢٧٨ - قال في القديم ثم يعدل إلى أحد أمرين إما ألف دينارًا واثنا عشر ألف درهم .

٢٧٢٧٩ - وقال في الجديد : يعدل إلى قيمتها حين القبض زائدة وناقصة [3] .

٢٧٢٨٠ - لنا : ما روي عمرو بن دينار [عن عكرمة عن ابن عباس] [4] أن رسول الله ﷺ قضى في الدية بالخطأ اثنى عشر ألف درهم [5] .

٢٧٢٨١ - قال الطحاوي وقد روي سفيان بن عيينة هذا الحديث عن عمرو بن

٢٧٢٨٢ - دينار عن عكرمة ولم يذكر ابن عباس [6] وهذا ليس بقدح لأن المنقطع [7] عندنا حجة . ولأن محمد بن مسلم الطائفي رواه متصلًا [8] .

٢٧٢٨٣ - وروى سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ قال : دية كل دم معاهد في عهده

---

(١) في (م) ، (ع) : [فكان] .

(٢) انظر المبسوط (٧٦/٢٦) واختلفوا في أن الدراهم والدنانير في الدية أصل أم باعتبار قيمة الإبل ، فالمذهب عندنا أنهما أصل ويحكي عن أبي بكر الرازي أنه كان يقول أولا وجوبهما على سبيل قيمة الإبل ولكنهما قيمة مقدرة شرعا بالنص فلا يزاد عليها ولا ينقص عنها ثم رجع عن ذلك وقال : هما أصلان في الدية .

(٣) والمنهاج مع مغني المحتاج (٣٠١/٣٠٠/٥) وعبارته : ولا يعدل إلى نوع وقيمة إلا بتراض ، ولو عدمت فالقدم : ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم والجديد قيمتها بنقد بلده .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧٨/٨) برقم ١٥٩٥٧ .

(٦) انظر : نصب الراية (٣٨٢/٦) وعبارته : قال أبو داود : ورواه ابن عيينة عن عكرمة ولم يذكر ابن عباس .

(٧) يريد بـ « المنقطع » هنا : الحديث المرسل الذي سقط منه الصحابي .

(٨) أخرجه أبو داود في سننه (١٨٥/٤) برقم ٤٥٤٦ .

ألف دينار [١] .

٢٧٢٨٤ - وروى أبو بكر الصديق أنه قال لعائشة تصدقي باثنى عشر ألف درهم دية الحر المسلم [٢] وروى ابن أبي ليلى عن [الشعبي عن] [٣] عبيدة عن عمر أنه جعل الدية على أهل [الذهب ألف دينار وعلى أهل] [٤] الورق عشرة آلاف [٥] .

٢٧٢٨٥ - فإن قيل : روي أنه جعل على أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الحلل مائتي حلة وعلى أهل الغنم ألفي شاة [٦] وأبو حنيفة لا يقول بذلك .

٢٧٢٨٦ - قلنا : هذا أحد الروايتين عن أبي حنيفة ذكرها في كتاب المعاقل [٧] وعن أنس بن مالك قال لأن أقعد بعد صلاة العصر أذكر اللّٰه سبحانه إلى أن تغرب [٨] الشمس أحب إليّ من أن أعتق نسمة من ولد إسماعيل ديتها اثنا عشر ألف درهم [٩] .

٢٧٢٨٧ - وهذه الأخبار كلها تدل على أن الدية مقدرة من الأنواع المذكورة ولأن كل مال وجب بسبب القتل كان مقدرًا أصله الكفارة .

٢٧٢٨٨ - ولأن الأثمان إذا وجبت بسبب المتلف كانت بدلًا عنه أصله سائر المتلفات ولأن القاضي يجوز أن يقتضي بالدراهم مؤجلة فلو كانت بدلًا عن الإبل صار دينًا بدين وذلك لا يجوز .

٢٧٢٨٩ - فإن قيل : عند أبي حنيفة تجب في المتلفات التي لا أمثال لها مثل المتلف ثم يقضي القاضي بالقيمة ولا يجب قبضها في المجلس فتصير دينًا بدين .

٢٧٢٩٠ - قلنا : عنده أن المثل لا يستقر وجوبه ولهذا لا تثبت المطالبة به فإذا قضى بالدراهم صارت كأنها هي الواجب .

---

(١) أخرجه الشافعي في مسنده (٣٤٤/١) برقم ١٥٨٦ ، وابن حزم في المحلى (٢٩٢/١٠) .
(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٢٩٢/٩) برقم ١٧٢٦٣ .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .
(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٧٠/٦) .
(٦) المصدر السابق .
(٧) انظر المبسوط (٧٩/٢٦) وعبارته : ذكرنا في كتاب المعاقل ما يدل على أن قول أبي حنيفة كقولهما بأنه قال : لو صالح الولي . وانظر : البدائع (٢٥٥/٧) .
(٨) ساقطة من (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .
(٩) أخرجه أبو يعلى في مسنده (١١٩/٦) برقم ٣٣٩٢ .

٢٧٢٩١ - وفي مسألتنا الإبل قد استقر وجوبها بدلالة أن القاتل لو بذلها وجب قبولها فلو كانت الدراهم بدلًا منها وجب قبضها في المجلس فلما لم يجب دله على أنها بدل النفس والدليل على جواز الانتقال إلى الأثمان مع القدرة على الإبل أنه متلف ليس له مثل فجازت الأثمان في ضمانه مع القدرة على غيرها كسائر المتلفات .

٢٧٢٩٢ - ولأنه ضمان وجب بالفعل جاز فيه الأثمان بكل حال كما يجب بقتل الصيد .

٢٧٢٩٣ - ولا يقال فلا يجتمع فيه الحيوان والأثمان كقتل الصيد لأن الأصل في ضمان المتلفات الأثمان فإذا جاز في قتل الحر الحيوان لم يدل ذلك على أن الأثمان في أصل الضمان لا تثبت بالقتل .

٢٧٢٩٤ - احتجوا : بقوله ﷺ في النفس مائة من الإبل [(١)] وقال ألا أن في قتيل خطأ العمد بالسوط والعصا مائة من الإبل [(٢)] .

٢٧٢٩٥ - قلنا : هذا يدل على أن مائة [(٣)] في النفس وحكم غيرها موقوف على الدلالة ولا يقال لو كان التخيير ثابتا لبينه لأن أموال القوم كانت الإبل دون الأثمان فبين ما سهل عليهم دفعة واحدة دون غيره .

٢٧٢٩٦ - قالوا : روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ كان يقيم دية الخطأ على أهل الخطأ [من الذهب] [(٤)] أربع مائة دينار وعلى أهل العمد من الورق ويقومها على أثمانها فإذا غلت رفع ثمنها وإذا هانت نقص من ثمنها [(٥)] .

٢٧٢٩٧ - قلنا : يجوز أن يكون قضى عليهم بالإبل فاستقرت فأوجب قيمتها بعد القضاء بها .

٢٧٢٩٨ - قيل : استقرار الإبل الذي يؤيد هذا ما روينا أنه يقضي بالمقدار .

٢٧٢٩٩ - قالوا : ما ضمن بنوع من المال في حق الآدمي لم يجز العدول عنه إلى

(١ ، ٢) سبق تخريجه .
(٣) في (م) ، (ع) : [دية] .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .
(٥) أخرجه الشافعي في الأم (١٢٤/٦) وعبارته : أخبرنا مسلم عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « الإبل على أهل القرد أربعمائة دينار وعدلها من الورق ويقسمها على أثمان الإبل ، فإذا غلت رفع في قيمتها وإذا هانت نقص من قيمتها على أهل القرى والثمن ما كان » . وانظر : عبد الرزاق في مصنفه (٢٩٤/٩) برقم ١٧٢٧٠ .

غيره بغير رضى أصله إذا تلف ما له مثل .

٢٧٣٠٠ - قلنا : النفس يضمن عندنا ستة أنواع فكيف نسلم أنها تضمن بنوع المال ولأن ضمان المال لا يدخله التقدير فجاز أن يدخله التعيين ولما كان بدل النفس يدخله التقرير فجاز أن يدخله التعيين .

٢٧٣٠١ - قالوا : متلف له بدل معين فوجب أن يرجع عند إعوازه إلى قيمته أصله إذا أتلف طعامًا .

٢٧٣٠٢ - قلنا : بدل المتلف قالوا لو كانت الأنواع كلها أصولًا وجب أن يخير في دفع أيها شاء كالكفارات .

٢٧٣٠٣ - قلنا : كذلك نقول [أن الخيار إلى القاتل] [1] .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .



مسألة ١٣٣٨

[مقدار الدية من الدراهم والدنانير]

٢٧٣٠٤ - قال أصحابنا : الدية من الدراهم مقدرة بعشرة آلاف [١] .

٢٧٣٠٥ - وقال الشافعي : على القول الذي يقول إنها مقدرة اثني عشر ألفًا [٢] .

٢٧٣٠٦ - لنا : ما روي دهثم [٣] بن قران [٤] عن نمران [٥] عن جارية [٦] عن أبيه أن رجلًا قطع يد رجل على عهد النبي ﷺ فقضى النبي ﷺ بخمسة آلاف درهم [٧] .

٢٧٣٠٧ - وروى عن الشعبي عن عبيدة السلماني عن عمر أنه جعل الدية على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشياه ألفي شاة وعلى أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل الحلل مائتي حلة [٨] .

٢٧٣٠٨ - ولأنه لا خلاف أن الدية مقدرة بألف دينار وكل دينار بعشرة دراهم ولهذا جعل نصاب الذهب عشرين دينارًا ونصاب الورق مائتي درهم وقال علي بن أبي طالب في خطبته كتب مكان كل عشرة مسلم رجلا من بني فراس بن غنم صرف الدينار الذهب فوجب أن تكون الدية من الورق عشرة آلاف .

٢٧٣٠٩ - يبين ذلك ما روي عمر بن شعيب عن أبيه عن جده قال : كان قيمة الدية على عهد رسول الله ﷺ ثمان مائة دينار أو ثمانية آلاف درهم [٩] .

---

(١) انظر : المبسوط (٧٨/٢٦) وعبارته : الدية تتقدر بعشرة آلاف درهم مما تكون الفضة فيها غالبة على الغش .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٣٠٠/٥) وعبارته : فالقدم ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم .

(٣) في (ص) : [ابراهيم] . وهو خطأ ، والصواب ما أثبتناه .

(٤) هو : دهثم بن قران العكلي . روى عن : عقيل بن دينار ، وأبيه قران ، ونمران بن جارية الحنفي ، ويحى ابن أبي كثير . روى عنه : أسد بن عمرو البجلي القاضي ، وسلمة بن الحسن الكوفي ، ومحمد بن عمران شيخ لعباس بن يزيد البحراني ، ومحمد بن ميمون ، وغيرهم . انظر : تهذيب الكمال (٤٩٦/٨/٤٩٨) .

(٥) هو : نمران بن جارية بن ظَفَر الحنفي ، روى عن : أبيه ، وروى عنه : دهثم بن قران وذكره ابن حبان في الثقات وروى له ابن ماجة. انظر : تهذيب الكمال (٢٠/١٩/٣٠) .

(٦) في (ص) : [عن حارثة] . وهو خطأ ، والصواب ما أثبتناه .

(٧) أخرجه ابن ماجه في سننه (٨٨٠/٢) برقم ٢٦٣٦ ، والبيهقي في السنن الكبرى (٦٥/٨) برقم ١٥٨٨١ .

(٨) سبق تخريجه .

(٩) أخرجه أبو داود في سننه (١٨٤/٤) برقم ٤٥٤٢ .

٢٧٣١٠ - فإن قيل : فقد قال ﷺ لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارًا [١] ثم فرض عمر الجزية اثنا عشر درهما [٢] فدل أن الدينار كان مقوما باثنى عشر .

٢٧٣١١ - قلنا : لم يضع عمر الدراهم قيمة للدنانير لكنه وضعها بحسب الطاقة .

٢٧٣١٢ - قلنا : فأما أهل اليمن فكانوا يؤدون الدينار صلحا كما أخذ عمر الحلل من أهل نجران [٣] وقد روي أنه وضع عليهم عشرة دراهم وضيافة ثلاثة أيام .

٢٧٣١٣ - قالوا : قالت عائشة القطع في ربع دينار فصاعدا [٤] وروى عمر أن النبي ﷺ قطع في مجن [٥] قيمته ثلاثة دراهم [٦] .

٢٧٣١٤ - قلنا : قد روي أن ثمن المجن كان خمس دراهم فمن روي عنه ثلاثة دارهم لمن روي عنه خمسة فلا يحمل على أنه قال تقويمًا للذهب .

٢٧٣١٥ - ولأنه حق في المال لا يبلغ نصف العقد الثاني فلم يزد على العقد الأول كنصاب السرقة ومقدار المهر ولأن كل مقدر من الذهب والفضة فإنه يتقدر من الفضة بعشرة أمثال الذهب كنصاب الزكاة ولا يتقدر بالعقد الأول ونقص الثاني كالذهب والإبل .

٢٧٣١٦ - احتجوا : بما روي محمد بن مسلم الطائفي [٧] عن عمرو بن دينار عن عكرمة [٨] عن ابن عباس أن رجلًا قتل على عهد رسول الله ﷺ فجعل ديته اثنى عشر ألف درهم [٩] وفي ذلك نزل قوله [١٠] : ﴿ وَمَا نَقَمُوٓا۟ إِلَّآ أَنْ أَغْنَىٰهُمُ

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٦٧/٣) برقم ٣٠٣٨ .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥٨٤/٧) وعبارته : عن ابن عمر قال : وضع عمر بن الخطاب في الجزية على رؤوس الرجال على الغني ثمانية وأربعين درهمًا ، وعلى الوسط أربعة وعشرين ، وعلى الفقير اثني عشر درهمًا .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٩٥/٩) برقم ٧٤٦٠ وعبارته : صالح رسول الله ﷺ أهل نجران على ألفي حُلّة .

(٤) متفق عليه صحيح البخاري (٢٤٩٢/٦) برقم ٦٤٠٧ ، وصحيح مسلم (١٣١٢/٣) برقم ١٦٨٤ .

(٥) المِجَنّ : التُرس القوي الصُلب .

(٦) متفق عليه صحيح البخاري (٢٤٩٣/٦) برقم ٦٤١١ ، ومسلم (١٣١٣/٣) برقم ١٦٨٦ .

(٧) هو : محمد بن مسلم بن سوسن الطائفي . روى عن : إبراهيم بن ميسرة الطائفي ، وأيوب بن موسى القرشي ، وصدقة بن يزيد ، وعبد الله بن طاووس ، وعبد الله بن عبد الرحمن ، وعمرة بن قتادة ، وغيرهم . روى عنه : أحمد بن عبد الله بن يونس ، وأسد بن موسى ، وبشر بن السري ، وحبيب كاتب مالك ، وغيرهم . انظر : تهذيب الكمال (٤١٧/٤١٢/٢٦) .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) . (٩) سبق تخريجه .

(١٠) ساقطة من (ص) .

﴿ اللَّهُ وَرَسُولُهُ مِن فَضْلِهِ ﴾ [1] .

٢٧٣١٧ - قلنا : هذا الحديث رواه سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن عكرمة عن النبي ﷺ ، وليس فيه ابن عباس ، وسفيان أحفظ بحديث عمرو بن دينار عن محمد بن مسلم فلا يحتج برواية محمد بن مسلم في مقابلة روايته وإذا كان مقطوعًا لم يصح به الاحتجاج على قول مخالفنا ويحتمل أن يكون قتله شبه عمد فأوجب الأسنان المغلظة ثم قوم الدية المقدرة فعدلت بهذا القدر .

٢٧٣١٨ - قالوا : روي أن أبا بكر قال لعائشة تصدقي باثني عشر ألف درهم دية الحر المسلم [2] .

٢٧٣١٩ - وروى مكحول أن عمر قضى في الدية باثنى عشر ألف درهم [3] وعن أنس أنه قال : لأن أقعد بعد صلاة العصر أذكر الله تعالى إلي أن تغرب الشمس أحب إلي أن أعتق رقبة من ولد إسماعيل ديتها اثنى عشر ألف درهم [4] .

٢٧٣٢٠ - قلنا : إذا تعارضت الرواية عن الصحابة أثبتنا المتقن ولا دليل على إثبات الزيادة ويحتمل العشرة ألف على وزن سبعة واثنى عشر على وزن ستة فيؤدي ذلك إلى الجمع بين الروايتين .

٢٧٣٢١ - ولا يجوز أن يقال : إن وزن ستة أكثر من عشرة آلاف لأنه يكون وزن ستة عشر فيضاف إلى ستة .

٢٧٣٢٢ - فإن قيل : فيجوز أن يحمل العشرة آلاف على وزن أكثر من سبعة .

٢٧٣٢٣ - قلنا : ليس في الأوزان أكثر من سبع وقد نقل وزن أقل منها وهو موجود إلى الآن بنجران وغيرها من البلاد .

٢٧٣٢٤ - فإن قيل : الأوزان المذكورة في الشرع كلها محمولة على وزن سبعة أنصاب الزكاة .

٢٧٣٢٥ - قلنا : ألفاظ النبي ﷺ محمولة على ذلك لأن الوزن الأساسي الغالب فأما قول الصحابة فيحمل على الموجود وقد كان يختلف .

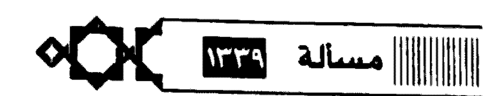
٢٧٣٢٦ - يبين ذلك ما ذكره أبو زيد عمر بن شيبة في كتاب البصرة أن أول من

(١) سورة التوبة : الآية ٧٤ .
(٢) سبق تخريجه .
(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٨٠/٨) برقم ١٥٩٦٧ .
(٤) سبق تخريجه .

قضى بالدية من الدراهم بالعراق زياد فقضى بالبصرة بعشرة آلاف لأن وزنهم كان وزن[1] ستة فثبت بهذه الرواية صحة تأويلنا ، ويجوز أن يكون ذكروا هذا في دية شبه العمد ، وقد نقل عن الصحابة تغليظ الدراهم في مقدارها .

* * *

(١) توجد إحالة على الهامش ، ولكنها غير مقروءة .


مسالة ١٣٣٩

[ذهاب العقل بالموضحة ومقدار الدية]

٢٧٣٢٧ - قال أصحابنا : إذا أوضحه فذهب عقله ، فعليه الدية ويدخل أرش الموضحة فيها [١] .

٢٧٣٢٨ - وقال الشافعي : لا يدخل أحدهما في الآخر [٢] .

٢٧٣٢٩ - لنا : أن ذهاب العقل يوجب فوات منافع الأعضاء المختصة بها فصار كفوات الروح ، ولو أوضحه فمات دخل أرش الموضحة في الدية كذلك ؛ هذا ولأن زوال العقل يخرج أفعاله من جنسها إلى غير جنسها ، ألا ترى أن أفعال الآدمي تقع مرتبة فإذا زال عقله وقعت غير مرتبة كأفعال البهائم ، وإذا بطل جنس الأفعال صار كالموت .

٢٧٣٣٠ - فإن قيل : إن منافع الأعضاء باقية فيه لأنه يأكل ويشرب .

٢٧٣٣١ - قلنا : ليس هذه المنفعة التي تختص بالآدمي ؛ لأن البهائم تشاركه فيها ، فأما منافع الآدميين فقد فاتت بزوال العقل ؛ ولأن منفعة العقل لا تختص بمحل بل تنقسم على كل الأعضاء كمنافع الحياة ، ولأن إبطال منافع الأعضاء كإبطالها .

٢٧٣٣٢ - ألا ترى أنه لا فرق بين قلع العين وذهاب ضوئها وقطع اللسان وذهاب الكلام ؛ فصار فوات منافع الأعضاء بزوال العقل كإتلافها فإن قيل : المعنى في فوات الروح أنه يدخل فيه أكثر من الدية فلذلك دخلت فيه الموضحة ، وزوال العقل لا يدخل فيه أكثر من الدية فلا يدخل فيه أرش الموضحة .

٢٧٣٣٣ - قلنا : موضوع الأصول أن الأقل يدخل في الأكثر ، والأكثر لا يدخل في الأقل .

٢٧٣٣٤ - فلا يجوز أن يقال : لما لم يدخل في الدية ما زاد ، لم يدخل فيها ما نقص فأما دخول ما زاد على الدية بالموت فهو نادر في الأصول فلا يعتبر به .

---

(١) انظر : الهداية مع العناية (٢٩٢/١٠) وعبارته : ومن شج رجلاً فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة في الدية .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٣١٩/٥) وعبارته : فإن زال العقل الغريزي بجرح له أرش مقدر كالموضحة أو حكومة كالباضعة وجبا ، أي : الدية والأرش ، أو هي والحكومة ولا يندرج ذلك في دية العقل .

٢٧٣٣٥ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ قال : « في العقل دية مائة من الإبل »[١] وروى أنه قال : « في الموضحة خمس من الإبل »[٢] .

٢٧٣٣٦ - قلنا : قوله في العقل مائة من الإبل يقتضي أن ذلك جميع الواجب بالجناية وإن زال العقل بشجة وقوله في الموضحة خمس من الإبل يقتضي حال انفرادها وكلامنا مع وجود سرايتها .

٢٧٣٣٧ - قالوا : جناية زالت بها منفعة حالة في غير موضع الجناية فوجب ألا يدخل أرش الجناية في دية المنفعة أصله إذا ذهب بصره أو سمعه أو شمه أو كلامه .

٢٧٣٣٨ - قلنا : المعنى في هذه المنافع أنها تختص بمحلها ولا تتعداه وليس كذلك منفعة العقل ؛ لأنها تنقسم على سائر الأعضاء كما تنقسم الحياة عليها .

٢٧٣٣٩ - قالوا : معنى لا تفوت النفس بفواته فوجب أن لا يدخل أرش الأطراف في أرشه أصله السمع والبصر .

٢٧٣٤٠ - قلنا : النفس وإن لم تفت فقد فات منافعها ، وقد بينا أن فوات المنفعة كتلف[٣] العين .

٢٧٣٤١ - قالوا : معنى لا يزول ضمان الجملة بزواله ؛ فلا يدخل فيه أرش الموضحة .

٢٧٣٤٢ - قلنا : إذا قطع بعض اللسان فذهب الكلام فضمان الجملة لم يسقط ؛ لأنه لو قطع بعض اللسان [وجب الأرش ، ويدخل أرش فيه كما لو قطع كل اللسان][٤] فذهب الكلام .

٢٧٣٤٣ - قالوا : لا يدخل فيه ما زاد على الدية .

٢٧٣٤٤ - قلنا : قد بينا أن موضع الأصول أن يدخل الأقل في الأكثر .

* * *

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٨٦/٨) .
(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٢١٠/٣) برقم ٣٧٩ .
(٣) غير واضحة في (ص) .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .



مسألة ١٣٤٠

[جنايات المرأة في النفس]

٢٧٣٤٥ - قال أصحابنا : جنايات المرأة في النفس وما دونها على النصف من الرجل [1] وهو قول علي بن أبي طالب [2] وابن مسعود [3] وقال زيد بن ثابت مثل ذلك فيما بلغ ثلث الدية فالرجل والمرأة فيه سواء [4] .

٢٧٣٤٦ - وبه قال الشافعي : في أحد قوليه .

٢٧٣٤٧ - لنا : أنها جناية على حرة ، فكان الواجب فيها نصف ما يجب على الرجل الحر أصله إذا زادت على الثلث .

٢٧٣٤٨ - ولأنها جناية لو زادت على الثلث اعتبرت بالنفس [فإذا نقصت من الثلث اعتبرت بالنفس] [5] كالجناية على الرجل ؛ ولأن زيادة الجناية لها تأثير العدم وعندهم لو قطع ثلاثة أصابع من المرأة وجب لها ثلاثون من الإبل ، فإذا قطع أربعًا وجب عليه [6] عشرون ؛ فيصير لزيادة الجناية تأثير في نقصان الأرش وهذا خلاف الأصول .

٢٧٣٤٩ - فإن قيل : هذا يبطل بمن شج رجلا موضحة وجب فيه عشر من الإبل فلو زال ما بينهما حتى صارت واحدة وجب خمس من الإبل .

٢٧٣٥٠ - قلنا : لسنا نقول ذلك ، بل الواجب فيها لا يتغير عما هو عليه ، فإن أوضح ما بينهما وجب أرش موضحة بأكثر .

٢٧٣٥١ - فإن قيل : إذا قطع اليدين والرجلين وجبت ديتان ، فلو قتله قبل اليد وجبت

---

(١) انظر : المبسوط (٨٠/٢٦) وعبارته : عن علي أنه قال : دية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وما دونها وبه نأخذ . وانظر : الأم (٣٣٠/٧) وعبارته : قال ابن المسيب هي السنة أشبه أن يكون عن النبي ﷺ أو عن عامة من أصحابه ولم يشبه زيد أن يقول هذا من جهة الرأي لأنه لا يحتمله الرأي .

(٢) أخرجه الإمام الشافعي في الأم (٣٣٠/٧) .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٦٨/٦) وعبارته : وكان ابن مسعود يقول في دية المرأة في الخطأ على النصف من دية الرجال ، إلا السن والموضحة فهما فيه سواء .

(٤) أخرجه الإمام الشافعي في الأم (٣٣٠/٧) عن زيد بن ثابت أنه قال : يستوي الرجل والمرأة في العقل إلى الثلث ثم النصف فيما بقي . وانظر : ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٦٨/٦) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٦) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

دية واحدة .

٢٧٣٥٢ - قلنا : إذا قطع اليدين والرجلين فلم يستقر الوجوب ما لم يندمل ، فإذا قتله بينا أن الوجوب لم يكن ؛ لأن ما دون النفس سقط مع النفس .

٢٧٣٥٣ - احتجوا : بما روي مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أنه قال : سألت سعيد بن المسيب كم في أصبع المرأة ؟ قال : عشر من الإبل . فقلت : كم في أصبعين ؟ فقال عشرون من الإبل . فقلت : كم في ثلاثة أصابع ؟ قال : ثلاثون من الإبل فقلت : كم في أربعة أصابع ؟ قال : عشرون من الإبل . فقلت : حين عظم جرحها واشتدت مصيبتها نقص عقلها . فقال سعيد : أعراقي أنت ؟ قلت : بل عالم متثبت [1] أو جاهل متعلم . قال : هي السنة يا ابن أخي [2] .

٢٧٣٥٤ - قالوا : فقوله هي السنة دليل أنها سنة النبي ﷺ .

٢٧٣٥٥ - قلنا [3] : وتذكر ويراد بها سنن الأئمة والصحابة .

٢٧٣٥٦ - ولهذا قال ﷺ : « عليكم بسنتي وسنة الخلفاء من بعدي » [4] .

٢٧٣٥٧ - وقال : « من سن سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة » [5] .

٢٧٣٥٨ - وإذا ثبت هذا فإذا أراد سعيد بقوله : « السنة » سنة زيد بن ثابت لأن هذا قوله وقد روى أبو أيوب عن ربيعة قال : سألت سعيد بن المسيب عن دية الرجل والمرأة قال : فقال زيد بن ثابت : يستويان إلى الثلث ، وإذا زاد فهو على النصف [6] وإذا ثبت أن هذا قول زيد فقد روى أبو يوسف عن زكريا عن علي أنه قال في دية المرأة : إنها على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس [7] .

٢٧٣٥٩ - وروى أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن ابن مسعود مثل ذلك [8] .

٢٧٣٦٠ - فإن قيل : ما قالاه يدل على القياس ، وما قاله زيد يخالف القياس ؛ فالظاهر

---

(١) ساقطة من (ص) ، (ع) . (٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٦٩/٦) .
(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .
(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٦٨/٦) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٨٠/١) برقم ٤٦٨ .
(٥) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه (٧٠٥/٢) برقم ١٠١٧ .
(٦) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤١١/٥) برقم ٢٧٤٩٧ .
(٧) أخرجه الإمام الشافعي في الأم (٣٣٠/٧) . (٨) سبق تخريجه .

أنه توقيف .

٢٧٣٦١ - قلنا : هو قول مخالف الأصول ، ومن أصلنا أن خبر الواحد إذا روي عن النبي ﷺ وخالف الأصول لم يقبل .

٢٧٣٦٢ - قالوا كل أرش نقص عن ثلث الدية استوى فيه الذكر والأنثى سواء ؛ الدليل عليه أرش الجنين .

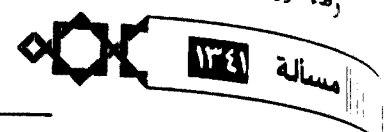
٢٧٣٦٣ - قلنا : الجنين لما تعذر في الغالب الفصل بين الذكر والأنثى ؛ سوى بينهما في الأرش ولم يختلط ، وهذا لا يوجد فيما اختلفنا .

٢٧٣٦٤ - وقد قيل : إن الأنثى أسرع نموا من الذكر وأسرع هرمًا منه ، فهي في حال الحمل أسرع نشوءًا منه والعدة إنما يجب لقطع النماء لأنا لا نعلم الحياة فأقيم زيادة نشوء الأنثى مقام زيادة الذكر فلذلك سوى بينهما ، وأما بعد الانفصال فالضمان يجب لإتلاف الحياة لا لقطع النماء فتفاضلا .

٢٧٣٦٥ - قالوا : ما دون الموضحة يجب فيها الحكومة ، فاستوى فيها الذكر والأنثى لأنها ما دون الثلث .

٢٧٣٦٦ - قلنا : ليس كذلك بل ذلك مقدر عندنا من موضحة كل واحد منهما أو موضحة المرأة على النصف من موضحة الرجل ، فما يقرب منها يقدر بها .

* * *



مسألة ١٣٤١

[وطء الزوجة وإفضاؤها]

٢٧٣٦٧ - إذا وطأ زوجته فأفضاها (١) فلا ضمان عليه (٢) .

٢٧٣٦٨ - وقال الشافعي : تجب الدية (٣) .

٢٧٣٦٩ - لنا : أنه وطء في ملكه فلا يضمن ما قد تلف كوطء أمته ، ولأنه جزء تلف بوطء الزوج فلم يضمنه كالبكارة .

٢٧٣٧٠ - فإن قيل : المعنى في البكارة أنه يجوز إتلافها ، والإفضاء إتلاف جزء ولا يجوز أن يقصد إلى إتلافه فلذلك ضمنه .

٢٧٣٧١ - قلنا : يسقط ضمانه متى أذن في إتلافه أو في نصيب إتلافه فأوجبها في الوطء في سبب الإتلاف ؛ ولأنه مأذون في سبب الجناية من جهتها فما يتولد منها يضمن كما لو أذن في قطع يدها ولا يلزم إذا ضربها لأن الإذن في الضرب لم يحصل من جهتها .

٢٧٣٧٢ - ولا يلزم إذا قطع يدها قصاصًا فسرى ؛ لأنه مأذون في القطع من جهة المقتص منه .

٢٧٣٧٣ - ولأنه مأذون في السبب مطلقًا فلا يضمن ما تولد منه كمن أذن لغيره في قطع يده .

٢٧٣٧٤ - احتجوا : بأنها جناية قد ينفك الوطء عنها فلا يدخل أرشها في حكم الوطء ، كما لو وطئها بشبهة وكما لو وطئها وعصرها فماتت .

٢٧٣٧٥ - قلنا : جواز أن ينفك الوطء عنها لا يوجب ضمانها .

---

(١) أفضى الرجلُ المرأة ، فهي مُفْضَاة : إذا جامعها فجعل مَسْلَكَيْها مَسْلَكًا واحدًا . انظر : لسان العرب مادة « فضى » .

(٢) انظر البدائع (٣٢٠/٧) وعبارته : فأما إذا كانت زوجته فأفضاها فلا شيء عليه سواء كانت تستمسك البول أو لا تستمسك في قولهما . وقال أبو يوسف : إن كانت لا تستمسك البول فعليه الدية في ماله ، وإن كانت تستمسك فعليه ثلث الدية في ماله .

(٣) انظر : مغني المحتاج (٣٢٧/٥) وعبارته : وفي إفضائها - أي : المرأة - بجناية عمدًا أو شبهه أو خطأ بوطء أو بغيره من الزوج وغيره دية .

٢٧٣٧٦ - ألا ترى أن من أذن لغيره في قطع يده قد تنفرد السراية عن القطع، والإذن في القطع يسقط السراية فأما إذا وطئها بشبهة فالمسألة على أنها لم تأذن في الوطء فسبب الجناية إذا لم يؤذن فيه لم يسقط ضمانها وفي مسألتنا السبب [1] وأما إذا عصرها فقتلها فهذا غير متولد من الوطء المأذون فيه وإنما فعل فعلاً آخر غير الوطء فلم يسقط ضمانه بالإذن في الوطء . قالوا : جناية لو كانت من غير الزوج كانت مضمونة، فإذا كانت منه كانت مضمونة كما لو وطئها وقلع عينها .

٢٧٣٧٧ - قلنا : الوصف غير مسلم ؛ لأن الأجنبي إذا أذنت له في الوطء لم يضمن الإفضاء كما لا يضمنه الزوج ، وإنما يضمن الأجنبي عندنا إذا وطئها بغير إذنها ، والمعنى في قلع عينها ما قدمناه .

٢٧٣٧٨ - قالوا : حقان مختلفان بجناية شيئين مختلفين فجاز اجتماعهما كالجزاء والقيمة .

٢٧٣٧٩ - قلنا : بموجبه لأن الموجب وأرش الإفضاء يجتمعان عندنا إذا وطئها بشبهة ، والخلاف إذا وطئها بإذنها .

* * *

(١) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .



[وطء امرأة بشبهة فأفضاها]

٢٧٣٨٠ - قال أصحابنا : إذا وطئ امرأة بشبهة ولم تأذن له في الوطء فأفضاها فإن كان البول يستمسك فعليه المهر وثلث الدية وإن كان لا يستمسك فعليه [جميع الدية ولا مهر [(١)] .

٢٧٣٨١ - وقال الشافعي : إن كان البول يستمسك فعليه المهر والدية ، وإن كان لا يستمسك فعليه] [(٢)] المهر والدية وحكومة .

٢٧٣٨٢ - لنا : إذا كان يستمسك فمنفعة العضو لم تبطل بكمالها وإنما جرحها جائفة [(٣)] فيجب فيها ثلث الدية . ولأن ارتفاع الحاجز بين مسلك وموضع الذكر إذا لم تبطل المنافع المقصودة بالعضو لم تجب فيه دية كاملة كما لا يجب بارتفاع الحاجز بين المنخرين وأما إذا كان البول لا يستمسك فلا مهر عندنا .

٢٧٣٨٣ - والدليل عليه أن الوطء فعل تتلف به منفعة العضو فلا يجب به مهر كما لو أفضاها بحجر .

٢٧٣٨٤ - فإن قيل : إذا أفضاها بالحجر فهذا [سبب [(٤)] يوجب] [(٥)] المهر بحال لأن من أزال بكارة امرأة بحجر وجب عليه مهرها ولأن المهر يجب بإتلاف جزء من منفعة العضو والدية تجب بإتلاف جميع منافع العضو وضمان الكل والجزء إذا اجتمعا وتعلقا بسبب واحد دخل الأقل في الأكثر أصله إذا قطع يد رجل فمات من القطع .

٢٧٣٨٥ - ولأن الأب إذا وطئ جارية ابنه فعلقت ضمن قيمتها ولم يضمن عقرها لأن القيمة وجبت وهي بدل عن الكل فلم يضمن بالعقر الذي هو ضمان الجزء .

٢٧٣٨٦ - وأما الدليل على أنه لا تجب الحكومة ؛ لأن الدية وجبت لإتلاف منافع

---

(١) انظر : البدائع (٣٢٠/٧) وعبارته : ثم إن كانت تستمسك البول فلها ثلث الدية لأنها جائفة وكمال المهر . وإن كانت لا تستمسك فلها الدية ولا مهر لها في قولهما وعند محمد لها المهر والدية .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٣) الجائفة : الطعنة التي تبلغ الجوف . وطعنة جائفة : تخالط الجوف . وقيل : هي التي تَنْفُذُه . انظر : لسان العرب مادة « جوف » .

(٤) بعده في (م) ، (ع) : [لا] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

العضو فلا يجب مع دية العضو شيء آخر أصله إذا ضرب يده فشلت .

٢٧٣٨٧ - ولأن كل عضو وجب كمال أرشه لم يجب بإتلاف أجزائه شيء أصله سائر الأعضاء [١].

٢٧٣٨٨ - احتجوا : في الفصل الأول بأنه إفضاء غير مضمون فوجب أن يضمن بكمال بدل النقص كما لو لم يستمسك البول .

٢٧٣٨٩ - قلنا : إذا لم يستمسك فقد بطلت منفعة العضو بكمالها بدلالة أن منافع العضو الوطء وهو غير مقصود مع الإفضاء وحبس البول وذلك لا يوجد وأما إذا استمسك البول فهي منفعة مقصودة باقية فيمنع من وجوب كمال الأرش .

٢٧٣٩٠ - فإن قيل : إذا بطل بالإفضاء منافع العضو لم يجب أرش بإتلافه ولم يصح العقد عليه .

٢٧٣٩١ - قلنا : إذا ضرب يده فشلت فهي في حكم المتلفة بدلالة وجوب كمال ديتها ولو قطعها بعد ذلك قاطع ضمن أرشها أما جواز العقد عليها فذلك لا يدل على عدم منافع العضو لأن الرتقاء يجوز العقد عليها وإن كانت منافع الوطء في العضو معدومة .

٢٧٣٩٢ - قالوا : الدليل على وجوب الحكومة أن الإفضاء يحصل والبول مستمسك ، فإذا لم يستمسك علمنا أنه أتلف منفعة من غيره ؛ فصار كمن قطع أذنه فذهب سمعه .

٢٧٣٩٣ - قلنا : هذا غلط ، بل أتلف منفعة حالة فيه ؛ لأن الإفضاء جراحة تارة تتلف بها منافع العضو وتارة لا تتلف كما ، أنه قد يجرح يده فتبطل حركة اليد والعمل بها فيجب أرش الجراحة وقد تجرح يده فيبطل منافع اليد فيجب عليه ديتها ولا تجب مع ذلك حكومة .

٢٧٣٩٤ - وأما المهر فاحتجوا فيه بحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فإن دخل بها فلها مهر مثلها » [٢] ولم يفصل .

---

(١) انظر : تحفة المحتاج (٤٨٢/٨) وعبارته : أو بذكر لشبهة منها كظنها كونه حليلها أو مكرهة أو نحو مجنونة فمهر مثل يجب لها حال كونها ثيبا وأرش البكارة يلزمه لها وهو الحكومة ولم تدخل في المهر .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٩/٢) برقم ٢٠٨٣ ، وابن ماجة في سننه (٦٠٥/١) برقم ١٨٧٩ ، وأحمد في مسنده (١٦٥/٤٧/٦) .

٢٧٣٩٥ - قلنا : الدخول يحمل على الوطء المعتاد وذلك لا يحصل معه الإفضاء .

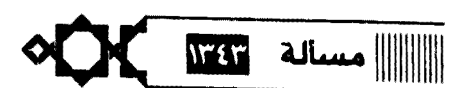
٢٧٣٩٦ - قالوا : جناية قد ينفك الوطء عنها فلا يدخل المهر في أرشها كما لو كان البول مستمسكًا .

٢٧٣٩٧ - قلنا : هناك لم تبطل منافع العضو فاجتمع الأرش والمهر كما لو جرح يده فشلت أصبعه لم يدخل أرش الجرح في أرش الأصبع ، ومتى لم يستمسك فقد بطلت المنفعة بكمالها فصار كما لو جرح يده فشلت . قالوا : المهر يجب بالتقاء الختانين وأرش الإفضاء يجب بتجاوز موضع الوطء ؛ فنقول : وجوب المهر إذا سبق الجناية لم يدخل في أرشها كما لو وطئها ثم قطع يدها .

٢٧٣٩٨ - قلنا : المهر يجب بجميع الفعل بدلالة أنه لو وجب بالتقاء الختانين خاصة حصل ما بعد ذلك وطء بغير عوض وهذا لا يصح وإنما نقول : إذا وجد الالتقاء ولم يتجاوزه تعلق به المهر فإن تجاوز ذلك تعلق المهر بالجميع .

٢٧٣٩٩ - كما أن الحد يجب بالتقاء الختانين إذا لم يتجاوز ذلك ، فإن تجاوز ذلك فالحد يتعلق بجميع الفعل ، ولا نقول : إن بعض الوطء إذا أوجب الحد دون بعض فإن تجاوز ذلك فالحد يتعلق بجميع الفعل كذلك المهر .

• • •



مسألة ١٣٤٣

[مقدار دية الذمي]

٢٧٤٠٠ - قال أصحابنا : دية الذمي كدية المسلم [1] .

٢٧٤٠١ - وقال الشافعي : دية الكتابي ثلث دية المسلم ودية المجوسي ثمانمائة [2] .

٢٧٤٠٢ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ مِن قَوْمِۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ ﴾ [3] .

٢٧٤٠٣ - ولا يقال : المراد به المؤمن ؛ لأنه قال في أول الآية : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا ﴾ [4] . فقوله وإن كان معناه وإن كان المقتول بدلالة أن المؤمن قد استفدناه بعموم اللفظ الأول فلم يجز حمل الثاني على التكرار ، بين ذلك أنه قال : ﴿ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ ﴾ [5] ولو كان المضمر[6] والمؤمن لم يحتج إلى شرط الإيمان . فإن قيل : الديات مختلفة فلم يكن إيجاب الدية دلالة على قدرها .

٢٧٤٠٤ - قلنا : الدية في الشرع قد علمنا قدرًا مقدرًا في الذكر ونصفه في الأنثى ودون ذلك لا نعلمه دية فمثبته يحتاج إلى الدليل ويدل عليه قوله ﷺ : « ألا إن قتيل الخطأ قتيل السوط والعصا ديته مائة من الإبل » [7] ولم يفصل ويدل عليه قوله : « في النفس مائة من الإبل » [8] .

٢٧٤٠٥ - فإن قيل : قد روي في النفس المؤمنة فيجب حمل المطلق على المقيد .

٢٧٤٠٦ - قلنا : من أصلنا أن المطلق يحمل على إطلاقه والمقيد على تقييده ولا يخص أحدهما بالآخر . وذكر أبو داود عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ : « قضى في كل ذي عهد في عهده يقتل بديته ألف دينار » [9] ومراسيل سعيد مقبولة في المذهبين .

---

(١) انظر : المبسوط (٨٥/٢٦) وعبارته : ودية أهل الذمة من أهل الكتاب وغيرهم مثل دية المسلمين .

(٢) وانظر : الأم (٣٤٠/٧) وعبارته : ودية اليهودي والنصراني ثلث دية المسلم ودية المجوسي ثمانمائة درهم .

(٣) سورة النساء : الآية ٩٢ .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) سورة النساء : الآية ٩٢ .

(٦) بعده في (م) ، (ع) : [وإن كان] .

(٧ ، ٩) سبق تخريجه .

٢٧٤٠٧ - وروى مقسم [1] عن ابن عباس أن رسولين من بني عامر أتيا النبي ﷺ من المشركين فأجارهما وكان فيما أجارهما حلفان وكتب لهما عهدًا وخرجا من عنده فلقيهما قوم من المسلمين فقتلوهما فوداهما النبي ﷺ قومهما بديتي حرين مسلمين [2] .

٢٧٤٠٨ - ولا يجوز أن يقال : دفع الدية من الواجب لتطييب الأنفس ؛ لأن الدية اسم للواجب وإن ما تبرع به لا يسمى دية .

٢٧٤٠٩ - وذكر محمد في الآثار عن أبي حنيفة ﷺ عن الهيثم بن الهيثم أن النبي ﷺ وأبا بكر وعمر ﷺ قالوا : « في دية المعاهد دية الحر المسلم » [3] ولأنه دين فلا يوجب نقصان بدل النفس كدين الإسلام ولأنه دين لا يوجب نقصان بدل المتلفات من أمواله فلا يوجب نقصان بدل نفسه كدين الإسلام ولأن الدين إذا أثر في نقصانه كالردة .

٢٧٤١٠ - قلنا : لم يؤثر الكفر في إسقاط بدل نفس الذمي لم يؤثر في نقصانه ولأنه حر محقون الدم فإذا نقوم دمه تقوم بالدية الكاملة أصله المسلم .

٢٧٤١١ - ولا يلزم من أسلم في دار الحرب ؛ لأن دمه لا يتقوم .

٢٧٤١٢ - ولا يلزم الجنين ؛ لأنه يتفوق بالغرة لا بالدية ولأن قتيل الخطأ تتعلق به الدية والكفارة فإذا لم يوجب الكفر نقصان الكفارة عن قتل المسلم كذلك الدية .

٢٧٤١٣ - فإن قيل : الكفارة لا يختلف قدرها لأن مقدار الدية على وجه واحد عندنا في الذكر مقدر في الأنثى نصفه فأما الواجب الجنين فليس بدية .

٢٧٤١٤ - ولأن القصاص يستوفى من المسلم بقتله فلم تقدر ديته بثلث الدية كالمسلم .

٢٧٤١٥ - ولأن القيمة في العبد بدل النفس كالدية في الأحرار فإذا لم تجب قيمة العبد بكفره كذلك الدية .

٢٧٤١٦ - فإن قيل : لما جاز أن يستوفي قيمة الأنثى والذكر جاز أن يستوفي فيه

---

(١) هو : مِقْسَم بن بُجْرَة ويقال : ابن نَجْرَة على مثال شَجَرَة ويقال : ابن نجدة ، أبو القاسم ويقال : أبو العباس ، مولى عبد الله بن الحارث بن نوفل ويقال له : مولى ابن عباس للزومه له . روى عن : خُفاف بن إيماء ابن رَحَضَة الغفاري ، ومولاه عبد الله بن الحارث بن نوفل ، وشرحبيل بن حسنة ، وعبد الله بن عباس ، وآخرون . وروى عنه : إسحاق بن يسار ، والحكم بن عُتيبة ، وخصيف بن عبد الرحمن ، وغيرهم . انظر : تهذيب الكمال (٢٨/٤٦١/٤٦٣) .

(٢) أخرجه الترمذي في سننه (٤/٢٠) برقم ١٤٠٤ .

(٣) أخرجه محمد بن الحسن في الحجة (٤/٣٥١) .

الكافر والمسلم .

٢٧٤١٧ - ولأن الأنثى والذكر قد استويا في غرة الجنين ثم لم يتساوى جنين المسلم والكافر عندهم ولأن المجوسي ساوى الكتابي في العهد فساواه في بدل النفس كالكتابيين ولأنه محقون الدم فلا تتقدر ديته بثمانمائة كالكتابي .

٢٧٤١٨ - احتجوا : بقوله ﷺ [(١)] : « تتكافئ دماؤهم » دليله أن دماء الكفار لا تكافئهم .

٢٧٤١٩ - قلنا : هذا يدل على تكافؤ دماء المسلمين ولا ينفي غيره .

٢٧٤٢٠ - ولو قلنا بالدليل اقتضى أن دماء المسلمين متكافئة في كل حال ودماء الكفار بخلافها وكذلك نقول ؛ لأن دم الكافر لا يكافئ دم المسلم بكل حال حتى ينضم إلى كفره عهد .

٢٧٤٢١ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ قال : « في النفس المؤمنة مائة من الإبل » [(٢)] .

٢٧٤٢٢ - قلنا : المشهور قوله : « في النفس مائة من الإبل » [(٣)] وهو عام والخبر الخاص بعض ما دل عله العموم دليل الشرط [(٤)] عندنا لا يؤثر .

٢٧٤٢٣ - ولأن العموم المتفق عليه عندنا متقدم على الخصوص المختلف في استعماله .

٢٧٤٢٤ - احتجوا : بحديث عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ : « قضى أن دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف » وروى : « قضى في دية اليهودي والنصراني بثلث دية المسلم » .

٢٧٤٢٥ - قلنا : هذا خبر لا يعرف ولم يذكر في كتاب من كتب الحديث ولا أورده الدارقطني مع جمعه لهم كل ضعيف وشاذ وإنما أضافوه إلى شرح المروزي وليس هو حجة في الحديث .

٢٧٤٢٦ - ولأنا ذكرنا أخبارًا معروفة منقولة من كتب المحدثين وما نقل في نقصان

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (١١٩/١) برقم ٩٥٩ .

(٢) ورد ذلك في كتاب الرسول ﷺ لعمرو بن حزم . أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٠/٨) .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) في (م) ، (ع) : [الشرط] .

الدية مختلف لم يرد فيه أقوى من خبر عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ جعل دية اليهودي والنصراني نصف دية المسلم [١] وإليه ذهب مالك فإذا كانت أخبار النقصان مختلفة كان الرجوع إلى أخبارنا أولى ؛ لأنها غير مختلفة وموافقة لعموم متفق عليه ، وهي زائدة فإثبات الزائد أولى .

٢٧٤٢٧ - ولأن بني قريظة كانت دياتهم مختلفة في الجاهلية فكانت ديات بني [٢] النضير نصف ديات بني قريظة [٣] فتحمل ما روي في دية الذمي على النصف على بني قريظة وقد كانت ديات الموالي في الجاهلية تخالف دية الصليب [٤] فيجوز أن يكون أوجب في الذمي ثلث الدية اعتبارًا بالموالي من المسلمين فكان هذا في بدء الإسلام ثم تساوت الديات فسوى رسول الله ﷺ بني قريظة والعرب والموالي فاستوى المسلم والذمي .

٢٧٤٢٨ - احتجوا : بما روى الزهري عن عمر وعثمان وابن مسعود أن دية المجوسي ثمانمائة درهم [٥] ولا مخالف لهم .

٢٧٤٢٩ - قلنا : قد روى الزهري عن سالم عن ابن عمر أن رجلا مسلمًا قتل رجلا من أهل الذمة عمدًا [٦] فرفع إلى عثمان فلم يقتله وغلظ عليه الدية مثل دية المسلم ذكره الدارقطني [٧] وذكر محمد في الآثار عن الزهري أن أبا بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم جعلوا دية اليهودي والنصراني مثل دية المسلم [٨] وعن علي بن أبي طالب أنه قال : إنما أعطيناهم الأمان لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا [٩] ولأن

---

(١) أخرجه أبو داود فعن النبي ﷺ أنه قال : « دية المعاهد نصف دية الحر » . انظر : سنن أبي داود (١٩٤/٤) برقم ٤٥٨٣ .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٣/٣) برقم ٣٥٩١ . عن ابن عباس قال : كان بنو النضير إذا قتلوا من بني قريظة أدوا نصف الدية ..إلخ .

(٤) الصليب : الخالص النسب . يقال : عربي صليب ، أي : خالص لم يلتبس به غير عربي . انظر : المغرب للمطرزي مادة (صلب) .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠١/٨) ، برقم ١٦١٢٠ ورقم ١٦١٢١ عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنه .

(٦) ساقطة من (ص) ، (ع) .

(٧) أخرجه الدارقطني في سننه (١٤٥/٣) برقم ١٩٣ .

(٨) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٩٥/١٠ برقم ١٨٤٩١ .

(٩) أخرجه الدارقطني في سننه ١٤٧/٣ برقم ٢٠٠ .

معمرًا روى عن الزهري أنه قال في دية المعاهد مثل دية المسلم [١] واحتج بقوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ ﴾ [٢] وهذا يدل على أنه لا إجماع في المسألة ولأنه يحتمل أن يكون ذلك في عبد مجوسي أوجب فيه قيمة . فإن قيل : تقدير الثمانمائة لا يعلم إلا من جهة التوقيف .

٢٧٤٣٠ - قلنا : فمعنى توقيف في كمال الدية في المعاهد والمجوسي والوثني سواء وقد أوجب ﷺ دية المعاهدين العامريين دية حرين مسلمين .

٢٧٤٣١ - قالوا : مكلف لا يكمل سهمه من الغنيمة فلم تكمل ديته كالمرأة .

٢٧٤٣٢ - قلنا : نقصان السهم لا يدل على نقصان بدل النفس لأن العبد لا يكمل سهمه ويتجاوز بدل نفسه عند مخالفنا الدية . ولأن المرأة ناقصة الخلقة ناقصة في القتال بدلالة أنها لا تقاتل إلا بإذن فنقص سهمها لنقصان حالها في القتال ونقصت ديتها لنقصان خلقها كما نقص بدل الجنين فأما الكافر فنقصانه في القتال أوجب نقصان سهمه وهو كامل الخلقة فكمل بدل نفسه ونقصانه من طريق الحكم لا يؤثر في بدل نفسه إذا كان مقوم الدم .

٢٧٤٣٣ - قالوا : أحد بدلي النفس فلا يستوي المستأمن المسلم فيه كالقصاص .

٢٧٤٣٤ - قلنا : اختلاف الشخصين في القصاص لا يدل على اختلاف ديتهما لأن الأب وابنه لا يتساويان في القصاص ويتساويان في الدية وقد يتساوى الشخصان في القصاص وتختلف ديتهما كالرجل والمرأة ولأن القصاص يخالف المستأمن غيره فيه .

٢٧٤٣٥ - لأن معنى الإباحة في دمه أثرت فيما يسقط بالشبهة ولم تؤثر في الدية لأنها لا تسقط بالشبهة .

٢٧٤٣٦ - قالوا : الكفر منقسم فيه أعلى وأدنى ، وأعلاه يسقط بتقويم النفس وهو الردة وجب أن يكون أدناه يؤثر في تحقيقها كما أن أعلى الطلاق يرفع النكاح فأدناه أخف في رفعه .

٢٧٤٣٧ - قلنا : أعلى الكفر كفر الحربي وقد أثر في إسقاط بدل المتلفات ولم يؤثر أدنى الكفر في تحقيقها .

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٩٥/١٠) برقم ١٨٤٩١ .

(٢) سورة النساء : الآية ٩٢ .



[قتل الحر العبد]

٢٧٤٣٨ - قال أبو حنيفة ومحمد : إذا قتل حر عبدًا فالقيمة [على عاقلته] (١) وإن جنى عليه فيما دون النفس فهو في ماله (٢) .

٢٧٤٣٩ - وقال الشافعي : في أحد قوليه : تتحمل العاقلة نفسه وما دونها ، وفي القول الآخر لا تتحمل الأمرين (٣) .

٢٧٤٤٠ - لنا : أنه ضمان نفس آدمي بالقتل فجاز أن تتحمله العاقلة كالحر ولأن الكفارة تجب بقتله كالحر ولأنه شخص يجب القصاص على قاتله فجاز أن تتحمل العاقلة بدله كالحر ولأن كل محل يجوز أن يستوفي منه دية الحر يجوز أن يستوفي منه دية العبد كدية القاتل . فإن قيل : المعنى في الحر أن العاقلة تتحمل أطرافه ولما لم تتحمل أطراف العبد لم تتحمل نفسه .

٢٧٤٤١ - قلنا : ما دون النفس في الحر يجب القصاص على الحر بقطعها فتحملها العاقلة وطرف العبد لا يجب القصاص على الحر بقطعه فلذلك لم تحمله العاقلة .

٢٧٤٤٢ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾ (٤) .

٢٧٤٤٣ - قلنا : معناه أن الإنسان لا يأثم بفعل غيره ولا يعاقب بجناية غيره وليس المراد أن الإنسان لا يجب عليه لغيره حق على طريق المساواة .

٢٧٤٤٤ - قالوا : روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « لا تعقل العاقلة عمدًا ولا عبدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا » (٥) .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقطة من (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٢) انظر : الجوهرة النيرة (١٤٢/٢) وعبارته : ثم الجناية على العبد فيما دون النفس يتحمله العاقلة لأنه أجري مجرى ضمان الأموال ، وأما إذا قتل العبد خطأ فقيمته على العاقلة عندهما . وقال أبو يوسف : في مال القاتل . انظر : تبيين الحقائق (١٦٢/٦) وعبارته : وهذا قول أبي حنيفة وزفر ومحمد ﷺ وذلك على العاقلة في ثلاث سنين .

(٣) انظر : حاشيتي قليوبي وعميرة (١٥٨/٤) وعبارة قليوبي : وتحمل العاقلة العبد بالقيمة في الأظهر .

(٤) سورة الإسراء : الآية ١٥ .

(٥) أخرجه الدارقطني في سننه (١٧٨/٣) برقم ٢٧٧ .

٢٧٤٤٥ - قلنا : هذا موقوف على ابن عباس ولم يسند من جهة صحيحة ولأن معناه : لا تعقل العاقلة جناية العبد ألا ترى أن قوله : « لا تعقل عمدًا » معناه جناية العمد كذلك قوله « ولا عبدا » معناه جناية العبد ومخالفنا يضمر : لا تحمل جناية على العبد فيضمر اسما وحرفا ومتى استقل الكلام بإضمار واحد كان أولى .

٢٧٤٤٦ - فإن قيل : لو كان كذلك لقال : لا تعقل العاقلة عن العبد .

٢٧٤٤٧ - قلنا : إذا ثبت ما قلنا أن المراد جناية العبد لم نحتج أن نقول : عن العبد .

٢٧٤٤٨ - قالوا : العاقلة لا تحمل طرفه فلا تحمل بدل نفسه كالبهائم .

٢٧٤٤٩ - قلنا : لا يجب القصاص بقتلها ولا الكفارة فلذلك لم تتحمل العاقلة الجناية عليها . ولما كان القصاص والكفارة تجب بقتل العبد جاز أن تتحمل العاقلة جنايته .

٢٧٤٥٠ - قالوا : جناية على العبد فلم تتحملها العاقلة كالطرف .

٢٧٤٥١ - قلنا : المعنى فيه أن القصاص لا يجب على الحر بنوعه فلم تتحمل العاقلة والنفس يجب القصاص بها فكذلك تحملها العاقلة .

٢٧٤٥٢ - فإن قيل : اعتبار التحمل بالقصاص لا يصح لأن المأمومة [١] لا قصاص فيها والموضحة فيها القصاص وتتحملها العاقلة .

٢٧٤٥٣ - قلنا : لأن نوع هذا يجب فيه القصاص وإنما سقط في بعض الشجاج لتعذر المماثلة .

٢٧٤٥٤ - قالوا : مضمون بالقيمة فلا تتحمل العاقلة قيمته كالأموال .

٢٧٤٥٥ - قلنا : الأموال يستوي في ضمانها العمد والخطأ فلم تتحملها العاقلة .

* * *

---

(١) المأمومة : الشجة التي تكسر عظم الرأس وتبلغ أم الرأس . وهي أيضا : الآمّة . انظر لسان العرب مادة (أمم) .



[ما دون النفس من العبد]

٢٧٤٥٦ - قال أصحابنا : ما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة [١] .

٢٧٤٥٧ - [وقال الشافعي] [٢] في أحد قوليه : تتحمله [٣] .

٢٧٤٥٨ - لنا : أنه متلف لا يجب القصاص على الحر مع إمكان المماثلة فلم تتحمله العاقلة كطرف البهيمة .

٢٧٤٥٩ - ولأن العبد له شبهٌ بالبهائم من حيث كان مالا مقوماً وله شبهٌ بالحر ولأن القصاص يجب فيه والكفارة فأعطيناه الشبهين فقلنا : تتحمل العاقلة نفسه كالأحرار ، ولا تتحمل أطرافه كالبهائم .

٢٧٤٦٠ - احتجوا : بأن كل من تحملت العاقلة بدل نفسه تحملت بدل ما دونها كالحر .

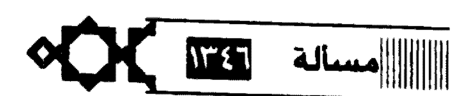
٢٧٤٦١ - قلنا : المعنى في الحر أن ما دون نفسه يجوز أن يجب القصاص على الحر بقطعها وما دون النفس من العبد لا يجب القصاص على الحر بقطعها فلم تتحملها العاقلة كالبهائم .

• • •

(١) انظر : المبسوط (٢٨/٢٧) وعبارته : ولا تعقل العاقلة شيئا من جناية العبد والمدبر وأم الولد .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقطة من (ص) .

(٣) انظر : مغني المحتاج (٣٦٦/٥) وعبارته : وفي القديم يفديه بأرشها بالغا ما بلغ .



[جناية أم الولد]

٢٧٤٦٢ - قال أصحابنا : إذا جنت أم الولد جنايات لم يلزم المولى إلا قيمة واحدة [1] وهو أحد قولي الشافعي [2] .

٢٧٤٦٣ - وقال في قول آخر : إن تفرعت الرقبة من الجناية ثم جنت ضمن قيمة أخرى .

٢٧٤٦٤ - لنا : أن المولى يمنع تسليمها في الجناية بالاستيلاد السابق والمنع الواحد من غير إجبار لا يوجب أكثر من قيمة واحدة أصله إذا جنت جنايات فاستولدها وهو لا يعلم . ولأن الاستيلاد إذا تأخر فقد أسقط به حق لهم بعد ثبوت الحق وإذا تقدم فلم يسقط به حقًّا ثابتًا [3] فإذا لم يجب مع تأخر الاستيلاد أكثر من قيمة واحدة [فإذا تقدم أولى . ولأنها جنايات من أم الولد فلم يجب على مولاها أكثر من قيمة واحدة] [4] أصله إذا جنت جنايتين معًا أو إحداهما [5] بعد الأخرى قبل يضمن [6] المولى .

٢٧٤٦٥ - فإن قيل : هناك صادفت الجناية الثانية رقبة مشغولة فلم يكمل أرشها .

٢٧٤٦٦ - وفي مسألتنا صادفت الجناية رقبة فارغة فكمل أرشها .

٢٧٤٦٧ - قلنا : إن جنايات أم الولد جعلت كالموجود قبل الاستيلاد حتى يلزم ضمانها وتضمين المولى متأخر عن ذلك ؛ فاستوى فيه أن تكون الثانية قبل ضمان المولى وبعده ولأنه شغل الرقبة وفراغها يختلف في الجناية المتعلقة بها المستوفاة منهما فأما إذا كان محل الاستيفاء غير الرقبة فلا فرق بين فراغها وشغلها ولأنها جنايات لم ينقصها اختيار فاستوى اجتماعها وتفرقها أصله جنايات الحر والعبد .

٢٧٤٦٨ - احتجوا : بأنها مملوكة فجاز أن يتكرر الفداء بتكرر الجناية أصله الأمة .

---

(١) انظر: الهداية مع العناية (٣٦٦/٣٦٥/١٠) وعبارته: وجنايات المدبر وإن توالت لا توجب إلا قيمة واحدة . إلى أن قال: وأم الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا .

(٢) انظر: مغني المحتاج (٣٦٨/٥) وعبارته: ويفدي أم ولده بالأقل ، وقيل : القولان ، وجناياتها كواحدة في الأظهر.

(٣) في (م) ، (ع) : [ثابتا] .

(٤) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [أحدهما] .

(٦) في (م) ، (ع) : [تضمين] .

٢٧٤٦٩ - قلنا : الأمة لا يتكرر الفداء فيها لتكرر الجناية لكن لتكرر الاختيار والمنع هذا يوجد في أم الولد ولأن الأمة تتعلق الجناية برقبتها فإذا سلمت الرقبة للمولى بالاختيار وجب عليه الفداء وجناية أم الولد تعلق بذمة المولى [١] للمنع السابق ولم يوجد إلا منع واحد [المنع الواحد لا يوجب] [٢] فلم يجب عليه إلا ضمان واحد [٣] .

٢٧٤٧٠ - قالوا : يلزمه أن يفديها في الجناية الأولى لأن جنايتها تعلقت بالرقبة من قيمة فارغة والمولى مانع من بيعها بالاختيار المتقدم وهذه العلة موجودة في الجناية الثانية فلما لم يوجد في الجنايتين إلا منع واحد ، والمنع الواحد لا يوجب أكثر من قيمة واحدة وقد غرم المولى تلك القيمة فجعلت الجناية الثانية وقد سقط حكم المنع بالغرامة الأولى فلم يجز إيجاب غرم واحد .

٢٧٤٧١ - قالوا : ولي الجناية الأولى تعين ملكه لما قبضه فلا يجوز أن يزول ملكه عن بعضه بالجناية الثانية من أم ولد غيره .

٢٧٤٧٢ - قلنا : عندنا أن ملكه لما قبضه مراعى فإذا جنت بينا أنه قبض ما تعلق به حق الغير وهذا كأحد الشفعاء إذا قضى له بالشقص وملكه ملكًا مراعى فإن حضر الغائب زال ملك الحاضر عن بعض الشقص وكذلك من مات وترك مالا وعليه ديون نقصت التركة ثم وقع ببئر قد حفرها الميت دابة فماتت رجع صاحب الدابة على الغرماء فشاركهم فيما كانوا ملكوه .

٢٧٤٧٣ - قالوا : قال المزني كيف يغرم ولي الجناية الأولى وليس بمالك لأم الولد ولا عاقل لها .

٢٧٤٧٤ - قلنا : يبطل بمسألة البئر فإن الغرماء يلزمون [٤] لصاحب الدابة ولم يحفروا البئر ولا هم عاقلة حافرها .

* * *

---

(١) لعلها في (ص) : [حق بذمة المعين] .
(٢) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .
(٣) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .
(٤) لعلها في (ص) : [مدينون] .


مسألة ١٣٤٧

[قطع يد العبد المعتق]

٢٧٤٧٥ - قال أصحابنا : إذا قطع يد عبد فأعتقه مولاه سقط ضمان السراية ووجب للمولى نصف قيمة العبد وكذلك إن باعه المولى بعد القطع [(١)] .

٢٧٤٧٦ - وقال الشافعي : يضمن القاطع ديةً ؛ جزء منها للمولى نصف قيمة العبد والباقي لورثة العبد [(٢)] .

٢٧٤٧٧ - لنا : أن السراية لا تخلو إما أن يثبت حكمها للمولى أو للمعتق ولا يجوز أن تثبت للمولى لأن ملكه زال عنه ولا يجوز أن تثبت للمعتق لأنه لم يستحق أرش الجناية فلا يستحق سرايتها وحكم السراية مرتب على الجناية وتابع لها ولا يجوز أن ينفرد بحكم عنها .

٢٧٤٧٨ - فإن قيل : فقد أفردتم حكمها عن الجناية حيث أسقطتم ضمانها مع وجوب الضمان في الجناية .

٢٧٤٧٩ - قلنا : إفرادها بحكم هو أن تثبت لها حكمًا يخالف الجناية فإما أن نسقط أحكامها فلا ، وهذا كما لو أمر الجاني من السراية ولأنه فعل من المولى منع به ثبوت حقه في السراية فوجب [أن يسقط] [(٣)] حكمها أصله البراءة .

٢٧٤٨٠ - احتجوا : بأن القطع جناية مضمونة سرت فيما هو مضمون فوجب أن تكون السراية مضمونة أصله إذا سرت قبل أن يعتقه .

٢٧٤٨١ - قلنا : يبطل إذا أبرأ المقطوع من القطع أو أبرأ المولى من ذلك ولأن السارية قبل العتق لما لم يسقط حكمها كان المستحق لها هو المستحق لأرش الجناية ولما سقط حق ولي الجناية في مسألتنا عن السراية سقط حكمها كالبرء .

* * *

(١) انظر: البدائع (٣٠٦/٧) وعبارته: ولو قطع يد عبد خطأ فأعتقه مولاه ثم مات منها ، فلا شيء على القاطع غير أرش اليد .

(٢) انظر: الأم (١٥٤٥/٨) وعبارته: ولو قطع يد عبد وأُعتق ثم مات ، فلا قول إذا كان الجاني حرًا مسلمًا أو نصرانيًا حرًا أو مستأمنًا حرًا ، وعلى الحر الدية كاملة في ماله: للسيد منها نصف قيمته يوم قطعه ، والباقي لورثته .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقطة من: (ص) .



[تعلق جناية العبد برقبته]

٢٧٤٨٢ - قال أصحابنا : جناية العبد تتعلق برقبته ويخاطب المولى بدفعه بها إلا أن يفديه بأرشها [١] .

٢٧٤٨٣ - وقال الشافعي : تتعلق بذمته ويباع فيها [٢] .

٢٧٤٨٤ - لنا : ما روي عن أبي عبيدة بن الجراح أنه قال في مدبر قتل رجلًا : ضمن المولى قيمته .

٢٧٤٨٥ - قال محمد : فلولا أنه كان يجب عليه دفع الرقبة فتعذر ردها بالتدبير لم يضمن .

٢٧٤٨٦ - فإن قيل : كان يجب البيع فالتدبير منع البيع .

٢٧٤٨٧ - قلنا : الحقوق الثابتة في ذمة العبد تتأكد بحريته لأن ذمته أقوى فلا يجوز أن يكون التدبير سبب ضمان القيمة .

٢٧٤٨٨ - ولأنها جناية يمكن استيفاءها من الرقبة فوجب أن تتعلق بها كجناية العبد من الحر والعبد ولأن جناية الخطأ توجب الضمان مؤجلا في ثلاث سنين وجناية العبد توجب الضمان حالًا فلو كان الضمان في ذمته لاحتمل التأجيل فلما ثبت حالا دل على أن الواجب تعلق بالرقبة لأن الأعيان لا تحتمل التأجيل وإذا ثبت أن جنايته متعلقة برقبته لم يلزم المولى فيها أكثر من رفع يده بل تتلف الرقبة في يده وعلى ملكه وجب عليه نفسها .

٢٧٤٨٩ - قلنا : القصاص لا يستوفي في يد المولى بل يسلمه القاضي الى الولي ليقتله فأما الملك فإن القصاص يستوفي من غير انتقال الملك والأرش لا يستوفي الرقبة إلا بعد انتقال الملك فيها إلى الأولياء ولا جناية الخطأ يلزم أرشها

---

(١) انظر: الهداية مع العناية (٣٣٩/٣٣٨/١٠) وعبارته: وإذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه: إما أن تدفعه بها أو تفديه .

(٢) انظر: نهاية المحتاج (٣٧٧/٧) وعبارة المنهاج: مال جناية العبد أي الرقيق خطأ كانت أو شبه عمد أو عمدًا وعفي على مال وإن فدى من جنايات سابقة تتعلق برقبته إجماعا .

أقرب الناس إلى الجاني بدلالة العاقلة والمولى أقرب الناس إلى العبد ، وهو الذي يلزمه بضربه فوجب أن يخاطب بحكم جنايته وكل ضمان يجب على الإنسان كتمليكه المال سقط عنه بتسليم المال إلى المستحق كالوارث إذا خلا بين الغرماء والتركة سقط عنه المطالبة بالديون ونصب القاضي من يوفيهم الدين منها وليس كذلك إتلاف المال لأن ضمان المال من حكمه أن يثبت في ذمة المتلف بدلالة الحر[1] والدين الثابت [2] في الذمة إذا تعلق بالمال تبع المال فيه كالرهن .

٢٧٤٩٠ - احتجوا : بأن أرش الجناية تعلق برقبة العبد ، فإذا امتنع المولى [3] من دفع المال وجب بيع العبد وقضى بالمال من ثمنه أصله العبد المرهون .

٢٧٤٩١ - قلنا : الدين في الرهن متعلق بذمة الراهن والعبد وثيقة فأما أن يتعلق برقبته فلا ولا نسلم [4] أن الرهن يباع في الدين ولكن الراهن يحبس حتى يبيعه ويقضي دينه .

٢٧٤٩٢ - قالوا : الأرش إما أن يكون من جنس الإبل أو من جنس الأثمان والحق إذا ثبت من جنس لم يجبر صاحب الحق على أخذ غير جنسه .

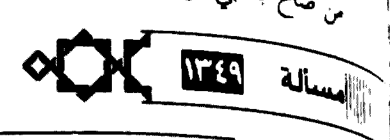
٢٧٤٩٣ - قلنا : لسنا نقول : إن رقبة العبد تؤخذ عن الأرش ولكنه يسقط عن نفسه المطالبة بتسليمها فيسقط ما وجب من الأرش بملك المستحق لها .

٢٧٤٩٤ - قالوا : ضمان متلف كإتلاف الأموال ثبت في ذمة المتلف بدلالة الحرية وما ثبت في الذمة وتعلق بالرقبة بيعت فيه كما تباع تركة الميت وأما الجنايات فتتعلق بالرقاب إذا أمكن استيفاؤها منها بدلالة العبد ولهذا نقول : إنها تتعلق بأعيان العاقلة ولا تتعلق بذمتهم ؛ ولهذا من مات منهم سقط عنه ولم يؤخذ من تركته .

* * *

---

(١) لعلها : [الحق] .
(٢) ساقطة من صلب (ص) .
(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٤) في (ص) : [لم] .



[من صاح بصبي أو مجنون على حائط هل يضمن]

٢٧٤٩٥ - ذكر الطحاوي عن أصحابنا : أن من صاح بصبي أو مجنون وهما على حائط ففزعا وسقطا أو زال عقلهما فلا ضمان عليه (١) .

٢٧٤٩٦ - وقال الشافعي : يضمن في الصبي والمجنون ولا يضمن في الرجل العاقل وقال ابن أبي هريرة (٢) إذا عقل البالغ وصاح به فسقط ضمن دائمًا وإنما لا يضمن إذا واجهه بالصياح (٣) .

٢٧٤٩٧ - لنا : أنه لم يوقع فيه فعلاً ولا فيما اتصل به ولا قربه من سبب المتلف فلم يضمن ديته أصله إذا فزع الصبي من مشاهدته ولأنه فعل لا يضمن به البالغ فلا يضمن به الصبي أصله إذا وقع في بئر حفرها في ملكه وعكسه مباشرة الإتلاف . ولا يلزم إذا غصب صبيا فوقع عليه حائط لأن الضمان يجب حين قربه من سبب التلف وهو لا يمكنه التحفظ ولهذا يضمن به البالغ إذا قيده وحبسه فوقع عليه حائط .

٢٧٤٩٨ - احتجوا : بأن الصبي يفزع في العادة فإذا فزعه صار سببًا في إتلافه فيجب عليه ضمانه كحافر البئر .

٢٧٤٩٩ - قلنا : يبطل إذا اجتاز به وهو على صفة يخاف الصبيان منها ففزع الصبي فأما الحافر فهو كالدافع الواقع في البئر فيلزمه الضمان لإيقاعه الفعل فيما اتصل به كما يلزمه الضمان برميه أو ضربه .

* * *

---

(١) انظر: الفتاوى الهندية (٣٤/٦) وعبارته: رجل رأى صبيًا على حائط أو شجرة فصاح به الرجل وقال: لا تقع. فوقع الصبي ومات ، لا يضمن الرجل القائل . ولو قال له: قَعْ . فوقع ومات ، يضمن القائل ديته.

(٢) هو: الإمام الجليل القاضي أبو علي الحسن بن الحسين بن أبي هريرة . أحد عظماء الشافعية . قال عنه الخطيب البغدادي: الفقيه القاضي ، كان أحد شيوخ الشافعيين ، وله مسائل محفوظة ، وأقواله فيها مسطورة . وقال الرافعي: إن ابن أبي هريرة زعيم عظيم للفقهاء . تفقه على: ابن سُرَيج ، وأبي إسحاق المَرْوَزي . انظر: طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي (٢٥٧/٢٥٦/٣) .

(٣) انظر: الأم (٣٥٤/٨) وعبارته: ولو صاح برجل فسقط عن حائط لم أرَ عليه شيئًا ، ولو كان صبيًا أو معتوهًا فسقط من صيحته ضمن . وانظر: مغني المحتاج (٣٣٥/٥) .

مسألة ١٣٥٠

[الأب والابن يتحملان العقل]

٢٧٥٠٠ - قال أصحابنا : الأب والابن يتحملان العقل [١] .

٢٧٥٠١ - وقال الشافعي : لا يدخلان في العقل [٢] .

٢٧٥٠٢ - لنا : ما روي أن [٣] سلمة بن نعيم [٤] قتل مسلمًا يظنه كافرا فقال له عمر : الدية عليك وعلى قومك [٥] وروى أنه عليه السلام [٦] قضى بالدية على العاقلة [٧] .

٢٧٥٠٣ - وهذا الاسم مأخوذ من المنع ولهذا يقال : لما يعقل به البعير : عقال [لأنه يمنع] [٨] من النفور والابن والأب يمنعان القاتل فهما من العاقلة

٢٧٥٠٤ - ولأن كل حكم يتعلق بالرحم فإن الابن يساوي غيره فيه أو يقدم عليه أصله الإرث والنفقة ولأنه ضمن لسبب ضربه القاتل فجاز أن يعقل عنه كالأخ .

٢٧٥٠٥ - ولأن كل حكم يتعلق بالأخوة يتعلق بالبنوة أصله تحريم المناكحة ولأنها قرابة مولاها في النكاح كالأخوة والعمومة .

٢٧٥٠٦ - احتجوا : بما روى أن امرأتين من هذيل اقتتلتا فقتلت إحداهما الأخرى قضى رسول الله ﷺ على عاقلة القاتلة وجعل ميراث القاتل للابن والزوج [٩] نفر بين [١٠] العاقلة والابن فلما استأنف آخر في ذمة الابن والزوج لا يثبت ذلك الحكم

---

(١) انظر: البدائع (٢٥٧/٢٥٦/٧) وعبارته: فإن كان الأصل فعاقلته أهل ديوانه إن كان من أهل الديوان وهم المقاتلة من الرجال الأحرار البالغين العاقلين تؤخذ من عطاياهم .

(٢) مغني المحتاج (٣٥٩/٥) وعبارة المنهاج فيه: دليل الخطأ وشبه العمد تلزم العاقلة وهم عصبة إلا الأصل والشرع .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٤) هو : سلمة بن نعيم الأشجعي له ولأبيه صحبة . روى عن : النبي ﷺ ، وعن أبيه نعيم بن مسعود . وروى عنه : سالم بن أبي الجعد ، وأبو مالك الأشجعي وروى له أبو داود حديثًا واحدًا . انظر: تهذيب الكمال (٣٢٢/١١) .

(٥) أخرجه ابن حزم في المحلى (٢٧٥/١١) . (٦) ليست في: (ص) .

(٧) أخرجه النسائي في سننه (٥١/٨) برقم ٤٨٢٨ .

(٨) في (م) ، (ع) : [لا يمتنع] .

(٩) أخرجه أبو داود في سننه (١٩٢/٤) برقم ٤٥٧٥ .

(١٠) لعلها في (ص) : [فقد بين] .

لمنفعة[1] العاقلة فلم يدل ذلك على أن الابن ليس من العاقلة .

٢٧٥٠٧ - قالوا : فقد روى وبرأ الابن والزوج [2] .

٢٧٥٠٨ - قلنا : هذا اللفظ ليس بمحفوظ ولو ثبت لم يكن فيه دلالة لأنه يحتمل أن يكون الابن صغيرًا أو مجنونًا فلا يدخل مع جملة العاقلة في التحمل وأن يستحق الإرث .

٢٧٥٠٩ - قالوا : روي عن أبي رِمْثَة [3] أنه دخل على النبي ﷺ ومعه أبوه فقال : إنه لا يجني عليك ولا تجني عليه [4] .

٢٧٥١٠ - قلنا : ظاهره متروك بإجماع لأن كل واحد منهما يجوز أن يجني على الآخر .

٢٧٥١١ - فإن قيل : معناه إنك لا تؤخذ بحكم جنايته .

٢٧٥١٢ - قلنا : بل معناه إنك لا تعاقب بجنايته أو لا تأثم بجنايته وليس أحد الإضمارين إذا عدلنا عن الظاهر أولى من الآخر .

٢٧٥١٣ - قالوا : روى ابن مسعود أن النبي ﷺ : « قال لا تعودوا بعدي كفارًا يضرب بعضكم بعضًا بالسيف أما إنه لا يجني ولد على والده ولا والد على ولده » [5] .

٢٧٥١٤ - قلنا : متروك فيحتمل ما يحتمله الخبر الأول والظاهر المراد به المأثم أو العقوبة لأنه ذكر قتل العمد الذي يأثم به ولهذا قال : « لا تعودوا بعدي كفارًا » أي كالكفار وتحمل الدية الذي يدعي مخالفنا أنه مراد ليس من أحكام .

٢٧٥١٥ - قالوا : من لا يحمل الدية مع أهل الديوان لا يحمل العقل مع عدمهم أصله الصغير والمعتوه والمرأة .

٢٧٥١٦ - قلنا : لا نسلم أنه لا يحمل مع أهل الديوان [6] لأن الأب والابن إذا كانا من أهل الديوان تحملا معهم والمعنى فيها فاستوى عليه إنهم ليسوا من أهل النصرة فلم

---

(١) غير واضحة في (ص) .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٤١/٦) وعبارته: عن جابر أن النبي ﷺ جعل في الجنين غُرّة على عاقلة القاتلة وبرأ زوجها وولدها .

(٣) بياض في جميع النسخ ، وما أثبتناه من كتب الحديث .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (١٦٨/٤) برقم ٤٤٩٥ .

(٥) متفق عليه البخاري في صحيحه (٥٦/١) برقم ١٢١ .

(٦) ساقطة من: (ص) .

يتحملوا جناية غيرهم وليس كذلك الأب والابن لأنهما يعصمان القاتل فجاز أن يتحملا عنه .

٢٧٥١٧ - قالوا : من لزمه نفقة غيره من ماله لم يلزم تحمل العاقلة [١] عن أصله الزوج .

٢٧٥١٨ - قلنا : النفقة مال يلزم الإنسان لغيره على طريق المعاونة والمواساة وكذلك تحمل الدية عنه فأحد الحكمين علة للآخر ويدل عليه فإما أن ينفيه فلا ، والمعنى في الزوج أن سببه لا يتحمل به إذا بعد لأن زوج الأم والجدة وبنت الابن لا يتحمل به إذا قرب وسبب الأب والابن هو القرابة وذلك يتحمل به مع البعيد فأولى أن يتحمل به مع القرب .

٢٧٥١٩ - قالوا : كل شخصين بينهما نفقة [٢] لا يتحمل أحدهما عن الآخر أصله إذا كان معهما أهل الديوان .

٢٧٥٢٠ - قلنا : هناك وجدت نصرة أخص من نصرتهما وفي مسألتنا هما أخص بالنصرة فكان أولى بالتحمل .

* * *

(١) في (ص) : [تعمل العاقل] .

(٢) في (ص) ، (م): [بعضه] .



[القاتل كأحد العاقلة]

٢٧٥٢١ - قال أصحابنا : القاتل كأحد العاقلة يلزمه ما يلزم واحدًا منهم (١) .

٢٧٥٢٢ - وقال الشافعي : لا يلزم القاتل شيء إلا أن لا يتسع العاقلة (٢) .

٢٧٥٢٣ - لنا : ما روي أن سلمة بن نعيم قتل رجلاً يوم اليمامة فظنه كافرا وكان مسلمًا فقال له عمر بن الخطاب : الدية عليك وعلى قومك (٣) ولأن الضمان يجب على القاتل وتتحمله العاقلة عنه بدلالة أنه مال يجب بالقتل كالكفارة .

٢٧٥٢٤ - ولأنه أحد بدل النفس فوجب على القاتل القصاص .

٢٧٥٢٥ - ولأنه بدل عن متلف فلزم المتلف أصله سائر المتلفات ولأنه لو أقر بالقتل وكذبته العاقلة وجب عليه وأولى أن الوجوب في الأصل يتعلق به لكان إذا أقر به لا يلزمه وكأنه أقر بحق غيره وإذا ثبت أن الضمان يجب عليه وإنما تتحمل العاقلة عنه وجب أن يتحملوا ما أنفق عليه ولأنهم يتحملون عنه على طريق التخفيف ومقدار ما يلزم أحدهم لا يفتقر إلى التخفيف ولأنهم إذا تحملوا لخففوا عنه صار كأحدهم .

٢٧٥٢٦ - ولأن التحمل يجب على الأقرب فالأقرب والإنسان إلى نفسه أقرب من غيره فوجب أن يدخل مع العاقلة ولأنها دية وجبت بالقتل فلا تخلو ذمة القاتل من ضمان منها أصله إذا أقر بالقتل .

٢٧٥٢٧ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ قضى بدية المقتول على عصبة القاتل رروى على عاقلة القاتلة (٤) .

٢٧٥٢٨ - قلنا : لأن القاتلة امرأة ومن أصحابنا من قال : إن القاتل إذا لم يكن ممن يتحمل العقل لم يدخل مع العاقلة .

٢٧٥٢٩ - قالوا : روي عن عمر أنه قال : أقسمت عليك كما أقسمت على قومك (٥) .

---

(١) انظر تبيين الحقائق (١٧٩/٦) وعبارة الكنز فيه: والقاتل كأحدهم أي كواحد من العاقلة .

(٢) انظر تحفة المحتاج (٢٧/٩) وعبارة المنهاج: والدية على عاقلته المسلمين فإن بقي شيء ففي ماله .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) أخرج الروايتين البيهقي في السنن الكبرى (٢٣٩/٤) برقم ٧٠٢٨ و ٧٠٢٩ .

(٥) انظر: المبسوط (١٢٦/٢٧) وعبارته: العقل على أهل الديوان من العاقلة . الأم (١٢٥/٦) وعبارته: ومن في الديوان ومن ليس فيه من العاقلة سواء .

٢٧٥٣٠ - قلنا : إنما أراد بذلك كل بني عدي لأنهم عاقلة عمر وهو أحد بني عدي فقد دخل في الكلام .

٢٧٥٣١ - قالوا : ما وجب تحمله عن الغير وجب تحمل جمعه كالنفقة وصدقة الفطر .

٢٧٥٣٢ - قلنا : التحمل لا يقع في النفقة لأن التحمل هو أن يجب على الإنسان شيء يلتزمه غيره والنفقة تجب على المخاطب بها ابتداء لا على وجه التحمل كذلك صدقة الفطر عندنا لا تجب على الصغير والعبد وإنما تجب ابتداء على المولى فلا نسلم التحمل فيها .

٢٧٥٣٣ - ولأن التحمل في الفطرة إنما يكون عمن ليس من أهل الوجوب فهو كالتحمل عن الصبي القاتل فيتحمل عنه الجميع .

٢٧٥٣٤ - وفي مسألتنا القاتل من أهل التحمل فإذا اجتمع معه من يتحمل اشتركا كالقاتلين .

٢٧٥٣٥ - قالوا : الدية التي تجب على القاتل تحملها لا تشاركه العاقلة فيها وهي دية العمد وما يثبت باعترافه من دية الخطأ وكذلك ما وجب على العاقلة تحمله لا يشاركهم فيها .

٢٧٥٣٦ - قلنا : هذا غلط لأن الأصل أن الضمان الذي يجب بفعل الإنسان يلزمه ولا يشاركه غيره فيه إلا أن يشاركه في فعله فوجوب الدية كالعمد عليه والإقرار من الأصل ووجوب التحمل خارج عن وضع الأصول فلا يقال : لما لم تقع المشاركة هناك لم تقع هاهنا .

• • •

مسألة ١٣٥٢

[الدية على أهل الديوان]

٢٧٥٣٧ - قال أصحابنا : الدية على أهل الديوان [١] .

٢٧٥٣٨ - وقال الشافعي : على أهل القبيلة [٢] .

٢٧٥٣٩ - لنا : ما روي عن إبراهيم قال : كانت الدية على القبائل فلما دون عمر الديوان جعل الدية على أهل الديوان [٣] فلم ينكر ذلك منكر ولا يقال المحفوظ أنه جعلها في الأعطية لأن هذا بعض الخبر وتمامه ما ذكرناه .

٢٧٥٤٠ - فإن قيل : يجوز أن يكون جعلها على القبيلة من أهل الديوان .

٢٧٥٤١ - قلنا : لو كان كذلك لم يتغير الأمر عما كان عليه قبل الديوان والخبر يقتضي تغير الحكم ولأن قوله : « وضعها على أهل الديوان » يقتضي عمومة القبيلة وغيرها فلا يخص إلا بدليل .

٢٧٥٤٢ - ولأن عند مخالفنا لا يختص التحمل بالقبيلة من أهل الديوان بل الدية على القبيلة المندوب منهم ومن لا ديوان له .

٢٧٥٤٣ - فإن قيل : إذا كانت الدية في زمن رسول الله ﷺ وأبي بكر على القبائل فكيف يجوز أن ينسخ هذا الحكم في زمن عمر .

٢٧٥٤٤ - قلنا : لو كان هذا نسخًا لم يمسك المهاجرون والأنصار عن إنكاره فأنكروه على أنهم عرفوا أنه حكم متعلق بشرط وهو النصرة فلما حدثت نصرة لم يكن انتقل العقل إليها وهذا ليس بنسخ كما روي أن عمر ضاعف على بني تغلب الصدقة [٤] وهذا حكم لم يكن في زمن النبي ﷺ كصنع الخراج وإنما وضع العشر إلا أن الأرضين التي وضع عمر عليها الخراج وهي المعرفة التي أقر أهلها عليها مع كفرهم لم يكن في زمان النبي ﷺ كذلك هذا الحكم أيضًا ولأن العقل يتحمل بالتناصر .

٢٧٥٤٥ - ولأن النساء لا تتحمل والصبيان ولأنه لا تناصر بهم والنصرة بالديوان

---

(١) انظر: المبسوط (١٢٦/٢٧) وعبارته: العقل على أهل الديوان من العاقلة .

(٢) الأم (١٢٥/٦) وعبارته : ومن في الديوان ومن ليس فيه من العاقلة سواء .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٩٦/٥) برقم ٢٧٣٢٥ .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٨٧/٩) برقم ١٨٤٢٥ .

أخص [من النصرة بالقبيلة بدلالة أن يوم الجمل خرجت كل قبيلة إلى قبيلتها وإذا كانت النصرة بهم] [١] كان العقل عليهم ولا يلزم الصنائع لأنهم إن تناصروا فالصناعة كالجارين بمكة تعاقلوا بها ولأنهم من أهل النصرة فجاز أن يعقلوا عنه كأهله .

٢٧٥٤٦ - ولأنه معنى يثبت العصيان فجاز أن يشاركهم فيه غيرهم كالإرث ولأنهم من أهل ديوانه فوجب أن يعقلوا عنه كمن في الديوان من عشيرته .

٢٧٥٤٧ - احتجوا : بما روي أنه ﷺ قضى بالدية على عصبة القاتل [٢] .

٢٧٥٤٨ - قلنا : لم يكن في زمن النبي ﷺ ديوان والمرأة ليست من أهل الديوان فجنايتها على عصبتها والكلام إذا كان القاتل من أهل الديوان كان هناك ديوان موجود والخبر ورد في موضع إجماع والذي روي أن عمر قال لسلمة بن نعيم : الدية عليك وعلى قومك [٣] إنما قال هذا في زمن أبي بكر لما عادوا من اليمامة ولم يكن في زمنه ديوان وقول عمر لعلي أقسمت عليك لا تبرح حتى تقسمها على قومك [٤] يحتمل أن يكون قبل أن يضع عمر الديوان لأنه إنما وضع الديون [٥] في آخر زمن عمر .

٢٧٥٤٩ - قالوا : معنى يتعلق بالتعصيب إذا كان من أهل الديوان أصله ولاية النكاح والميراث .

٢٧٥٥٠ - قلنا : لا نسلم أنه يتعلق بالتعصيب بدلالة أن الصبي والمجنون لهما تعصيب ولا يتحملان وإنما يتعلق بالنصرة فإذا لم يكن ديوان فالنصرة في الأصل وإذا كان هناك فالنصرة في أهل الديوان .

٢٧٥٥١ - ولأن ولاية النكاح تتعلق بالتعصيب ويجوز أن يشركهم من ليس بعصبة وهو الزوج والزوجة كذلك تحمل العقل يجوز أن يشرك العصبات فيه من لا تعصب له .

٢٧٥٥٢ - قالوا : معنى لا يتعلق به استحقاق الميراث فوجب أن يتعلق به ويحمل إليه كالجرار والصانع .

٢٧٥٥٣ - قلنا : اعتبار التحمل بالتوارث لا يصح لأن أقرب أسباب التوارث البنوة والأبوة لا يقع بها تحمل عند مخالفنا وسوى بين القريب والبعيد في التحمل إذا قل العدد

---

(١) ما بين المعكوفين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٢ ، ٣) سبق تخريجه .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٢٣/٦ برقم ١١٤٥٢ .

(٥) في (م) ، (ع) : [وضعها] .

باتفاق ومقدم في الميراث تحمل بهما العقل عندنا .

* * *



[إشراك القريب والبعيد في الدية]

٢٧٥٥٤ – قال أصحابنا : يشرك القريب والبعيد وإذا احتمل القريب ذلك [١] .

٢٧٥٥٥ – وقال الشافعي : يبدأ بالأخوة فإن تحملوا ذلك وإلا ضم إليهم بنو الجد فإن حملوا ذلك وإلا ضم إليهم بنو من هو أعلى منه [٢] .

٢٧٥٥٦ – لنا : ما روي أن النبي ﷺ قضى بالدية على العاقلة [٣] والاسم يتناول القريب والبعيد ولهذا يدخل البعيد إذا لم يتحملها القريب ، وروي أنه ﷺ جعل على كل بطن من الأنصار عقول [٤] وقال عمر ﷺ لسلمة بن نعيم : الدية عليك وعلى قومك [٥] ولأنهم ينصرونه كالأقارب .

٢٧٥٥٧ – احتجوا : بأنه حق متعلق بالتعصيب فاعتبر فيه الأقرب فالأقرب كالمواريث .

٢٧٥٥٨ – قلنا : لا نسلم أنه يتعلق بالتعصيب وإنما يتعلق بالنصرة ولأنه لو تعلق بالتعصيب لم يخرج الابن منه وهذا أولى العصبات .

٢٧٥٥٩ – قالوا : إذا سقط الأرش القليل على العدد الكثير احتاج المجني عليه إلى غرامة مثله بجنايته .

٢٧٥٦٠ – قلنا : تجب على العاقلة جمعه وتسليمه إليه [٦] فلا يؤدي إلى ما قالوا .

* * *

---

(١) انظر المبسوط (٢٧/١٣٣) وعبارته: ولو أن أخوين لأب وأم ديوان أحدهما بالكوفة وديوان الآخر بالبصرة لم يعقل أحدهما عن صاحبه وإنما يعقل عن كل واحد منهما أهل ديوانه .

(٢) الأم (٦/١٢٥) وعبارته: فإن كان له إخوة لأبيه حمل عليهم جنايتهم على ما تحمل العاقلة فإن احتملوها لم ترفع إلى بني جده وهم عمومته فإن لم يحتملوها رفعت إلى بني جده فإن لم يحتملوها رفعت إلى بني جد أبيه .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه (٢/١١٤٦) برقم ١٥٠٧ .

(٥) سبق تخريجه .

(٦) ساقطة من : (ص) .



[الدية على العاقلة في ثلاث سنين]

٢٧٥٦١ - قال أصحابنا : الدية على العاقلة في ثلاث سنين أولها من حين يقضي القاضي [١] .

٢٧٥٦٢ - وقال الشافعي : أول المدة من حين الموت لا من حين الجرح أو في الجراح إذا اندمل من حين الجرح وإذا سرت الجراحة إلى طرف واحد مثل قطع أصبع رجل فسرت إلى الكف فمن حين الاندمال [٢] .

٢٧٥٦٣ - لنا : أنه معنى اعتبر فيه الحول لإبقاء حق مجتهد فيه فوجب أن تكون ابتداء المدة من حين الحكم أصله هذه العلة .

٢٧٥٦٤ - فإن قيل : وجوب الدية على العاقلة مجمع عليه .

٢٧٥٦٥ - قلنا [٣] : الحق المقضي به مجتهد فيه من الفقهاء من قال نوع واحد ومنهم من قال ثلاثة أنواع ومنهم من قال خمسة ولأنه حق اعتبر فيه الحول مختلف في ثبوته كان ابتداء الحول عقيب الحكم كأجل العنين .

٢٧٥٦٦ - فإن قيل : لا نسلم الخلاف .

٢٧٥٦٧ - قلنا : الأصل أن العاقلة لا تحمل الدية ولأن قد [٤] دللنا على أن الدية تجب في ذمة القاتل .

٢٧٥٦٨ - فمن أصحابنا من قال : ينتقل عن ذمته بالحكم فعلى هذا القول لم يجب

---

(١) انظر المبسوط (١٣١/٢٧) وعبارته: ومن جنى عليهم من أهل البادية وأهل الثمن الذين لا ديوان لهم فرضت الدية على عواقلهم في أموالهم في ثلاث سنين على الأقرب فالأقرب منهم يوم يقضي القاضي بالدية . والأم مع مختصر المزني (٣٥٦/٨) وعبارته: ويؤدي العاقلة الدية في ثلاث سنين من حين يموت القتيل .

(٢) انظر المنهاج مع مغني المحتاج (٣٧٥/٧) وعبارته : وأجل واجب النفس من وقت الزهوق لها بمزهق أو من أية جرح . وأجل واجب غيرها من حين الجناية لأن الوجوب تعلق بها وإن كان لا يطالب من لها إلا بعد الاندمال ومحل ذلك إذا لم تسر إلى عضو آخر وإلا كأن قطع أصبعه فسرت لكفه مثلا فأجل أرش الأصبع من قطعها والكف من سقوطها .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٤) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

عليهم إلا بالحكم بالتأجيل من حين الوجوب .

٢٧٥٦٩ - ومن أصحابنا من قال : لا يستقر في ذمة القاتل وإنما ينتقل ثبوته كما ينتقل ملك الوكيل إلا أن المنتقل مختلف الأنواع ومن يلزمه من العاقلة يجتهد فيه من الفقهاء من اعتبر أهل الديوان ومنهم من اعتبر القريب والبعيد ومنهم من اعتبر الأقرب فالأقرب وإنما يعين ذلك حكم الحاكم وإذا تعين الحق بحكمه كان التأجيل من حين الحكم .

٢٧٥٧٠ - احتجوا : بأن من لزمته مؤجلة كان ابتداء الأجل من حيث الفعل أصله إذا أقر القاتل بقتل الخطأ فلم تصدقه العاقلة .

٢٧٥٧١ - قلنا : لا نسلم أن العاقلة لزمها شيء إلا بالقضاء فالأجل من حين اللزوم ولأن القاتل يجوز أن تلزمه الدية حالة مؤجلة [1] فجاز أن يثبت تأجيلها في حقه بغير حكم والعاقلة لا يلزمها إلا المؤجل فلذلك اعتبر في ابتداء التأجيل الحكم .

٢٧٥٧٢ - ولأن الحق يلزم القاتل غير مجتهد في وجوبه عليه فحل محل أثمان البياعات والعاقلة مجتهد في وجوب الحق عليها لأن الموجب عليه مختلف فيه فتعين بالحكم لذلك أجله تتعين ابتداؤه ومن حين الحكم قاسوه على سائر الديون .

٢٧٥٧٣ - قلنا : [هناك الحق مستقر فأجله من حين استقرارها هنا الحق لا يستقر على العاقلة إلا بالقضاء فالأجل من حين يستقر كثمن البيع المشروط فيه الخيار .

٢٧٥٧٤ - قالوا : أجل في حق مستقر فلم يتعين في ابتدائه الحكم كأجل الإيلاء .

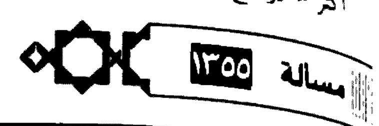
٢٧٥٧٥ - قلنا] [2] : ليس للحاكم في ابتداء مدة الإيلاء مدخل فلم تؤثر المدة بحكم وله مدخل في ابتداء تعين الواجب في مسألتنا [3] فكذلك ابتدأت من حين يحكم .

* * *

(١) ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .



[أكثر ما يوضع على كل واحد من العاقلة]

٢٧٥٧٦ - قال أصحابنا : أكثر ما يوضع على كل واحد من العاقلة أربعة دراهم وأقله لا يتقدر [١] .

٢٧٥٧٧ - وقال الشافعي : يوضع على الغني نصف دينار وعلى المتوسط ربع دينار ولا ينقص من ذلك [٢] .

٢٧٥٧٨ - لنا : أن كل مقدر يؤخذ في الزكاة بنفسه لا يتقدر به ما يؤخذ من آحاد العاقلة أصله البعير والبقرة والمسنة ولأن وجوب الزكاة أقوى من وجوب التحمل عن القاتل بدلالة أن الزكاة تجب عليه في نفسه والعقل يتحمله عن غيره واتفق على وجوب الزكاة واختلف في العقل والزكاة لا يتقدر أكثرها ويتقدر أكثر العقل فوجب أن ينقص مقدار أضعف الحقين عن أقل ما قدر به أقواهما لأنه مقدار لا يقضي به على الأب والابن فلا يقضي به على الأخ والعم كما زاد على نصف دينار .

٢٧٥٧٩ - واحتجوا : بأن ما لا يقطع فيه السارق في حكم التافه فلا يقدر به ما يلزم آحاد العاقلة .

٢٧٥٨٠ - قلنا : هذا موضع الخلاف لأن عندنا لا يتقدر التحمل فيقضي كل واحد بالشيء اليسير التافه .

٢٧٥٨١ - قالوا : لما لم يقدر أكثر المقضي به فوجب أن يتقدر أقله .

٢٧٥٨٢ - قلنا : قد يدخل التقدير في أحد طرفي الشيء ولا يدخل الطرف الآخر بدليل أن أقل الزكاة مقدر وأكثرها غير مقدر وأكثر التعزير مقدر وأقله غير مقدر لأن أكثر المتحمل يقدر تخفيفًا عن العاقلة حتى لا يجحف بهم ولهذا لا يتقدر الأقل حتى يكون أسهل عليهم .

---

(١) انظر المبسوط (١٣٠/٢٧) وعبارته: ولا يقضي بالدية على القوم حتى يصيب الرجل في عطائه من الدية كلها أربعة دراهم أو ثلاثة أو أقل من ذلك عندنا .

(٢) والأم (١٢٦/٦) وعبارته: وأرى على مذهبهم أن يحمل من ماله وشهر من العاقلة إذا قومت الدية نصف دينار ومن كان دونه ربع دينار ولا يزاد على هذا ولاينقص عن هذا .

٢٧٥٨٣ - قالوا : هذا يؤدي إلى الأضرار لأنهم يوجبون على آحاد العاقلة اليسير الذي يشق على الولي جمعه .

٢٧٥٨٤ - قلنا : عندنا تكلف العاقلة جمع الدية وتسليمها ولا يلزم الولي ذلك فلا يؤدي إلى الإضرار به .

* * *



[الغني والمتوسط الحال في مقدار التحمل]

٢٧٥٨٥ - قال أصحابنا : الغني والمتوسط الحال في مقدار التحمل سواء [١] .

٢٧٥٨٦ - وقال الشافعي : على الموسر نصف دينار وعلى المتوسط الحال ربع دينار [٢] .

٢٧٥٨٧ - لنا : ما روي أن النبي ﷺ جعل على بطن من الأنصار عقوله [٣] وهذا يقتضي التساوي [وقال عمر بن الخطاب ﷺ أقسمت عليك وعلى قومك وهذا] [٤] .

٢٧٥٨٨ - ولأنه معنى يلزم القرابة على طريق المواساة فاستوى فيه الغني والمتوسط كنفقة ذوي الأرحام ؛ ولأنه مال يجب بسبب القتل ولا يختلف قدره بكثرة المال وقلته كالكفارة .

٢٧٥٨٩ - ولأنها مواساة يدخلها التحمل : فلا يختلف قدرها بزيادة المال كصدقة الفطر .

٢٧٥٩٠ - احتجوا : بأنه مال يجب على طريق المواساة فاختلف فيه الغني والمتوسط كالزكاة .

٢٧٥٩١ - قلنا : أن يزيد على نصف دينار إلى ما لا نهاية له وهذا الحق لا يجب لأجل المال وإنما يجب للنصرة وقد ساوى في النصرة .

* * *

---

(١) انظر: البدائع (٢٥٩/٧) وعبارته: وأما كيفية وجوب القيمة على العاقلة عندنا وقدر ما يتحمل كل واحد منهم فما ذكرنا في دية الحر من غير تفاوت .

(٢) والأم (١٢٦/٦) وعبارته : وأرى على مذهبهم أن يحمل من كثر ماله وشهر من العاقلة إذا قومت الدية نصف دينار ومن كان دونه ربع دينار ولا يزاد على هذا ولا ينقص عن هذا .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .



مسألة ١٣٥٧

[حصة من مات من العاقلة]

٢٧٥٩٢ - قال أصحابنا : من مات من العاقلة لم تؤخذ حصته من تركته [١]، وسقطت بموته .

٢٧٥٩٣ - وقال الشافعي : تؤخذ من تركته [٢] .

٢٧٥٩٤ - لنا : أن تحمل الدية للنصرة والنصرة تبطل بالموت فوجب أن يسقط ما وجب لأجلها .

٢٧٥٩٥ - ولهذا قلنا أن الجزية تسقط بالموت ؛ لأنها وجبت للصغار ، وهذا لا يتصور بعد [٣] الموت ؛ ولأن التحمل طريقة الصلة فإذ لم يقبض حتى مات سقط كالجنايات ولأنه موت آحاد العاقلة يمنع بقاء التحمل أصله إذا مات في خلال الحول فإن نازعوا فيه .

٢٧٥٩٦ - قلنا : ما اعتبر فيه الحول إذا مات الموجب عليه قبل تمام الحول لم يجب أصله الزكاة ولأن كل حالة لا يستوفى فيها العقل من مال الأب والابن لا يستوفى من مال الأخ والعم كما لو ماتوا في خلال الحول .

٢٧٥٩٧ - احتجوا : بأنه دين استقر وجوبه في حال الجناية ؛ فلا يسقط بالموت كسائر الديون .

٢٧٥٩٨ - قلنا : لا نسلم أنه استقر .

٢٧٥٩٩ - قالوا : يزيد باستقراره أنه لا يملك إسقاطه عن نفسه .

٢٧٦٠٠ - قلنا : هذه إحدى علامات الاستقرار ويحتاج في الاستقرار إلى وجود سائر العلامات ولا يكفي في ذلك أحدهما وعندنا من علامات الاستقرار أنه لا يسقط الحق بالموت ولأن سائر الديون لم تجب على طريق التبرع فلم يؤثر موت المسلم في إسقاطها ، وهذا حق تبرع به فيؤثر الموت في سقوطه كنفقة ذوي الأرحام .

٢٧٦٠١ - فإن [٤] من وجب عليه ضمان الجناية لم يسقط بموته كالقاتل لزمه عوض

---

(١) انظر: المبسوط (١٩٦/٢) حتى لا يستوفر من تركة من مات من العاقلة .

(٢) روض الطالب مع أسنى المطالب (٨٨/٤) وعبارته: ومن مات من العاقلة بعد الحول لا قبله لزم واجبه تركته

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [قال] .

عن جنايته والأعواض لا تسقط بالموت والعاقلة لا يلزمها العقل على طريق العوض على شيء وإنما تبرع به عن القاتل فإذا لم يتصل بالقبض حتى مات سقط .

* * *



[ما دون الموضحة]

٢٧٦٠٢ - قال أصحابنا : ما دون الموضحة لا تتحمله العاقلة [1] .

٢٧٦٠٣ - وقال الشافعي [2] : في أحد قوليه تتحمل القليل والكثير وقال في قول آخر لا تتحمل ما دون النفس .

٢٧٦٠٤ - والدليل على أنها تتحمل ما دون النفس أن النبي ﷺ قضى بغرة الجنين على العاقلة [3] بدلالة أن حمل بن مالك قال : كيف ندي من لا أكل ولا شرب وروي أن عمر قال لعلي في أرش الجنين اقسمه على قومك [4] .

٢٧٦٠٥ - ولأن القصاص يجب في عمده ويتقدر العوض في خطاه خطها فأشبه النفس وأما الدليل على أنها لا تتحمل ما دون الموضحة أن القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر أرشه بنفسه فصار كضمان المال .

٢٧٦٠٦ - ولأنه ليس له أرش مقدر بنفسه في جميع الأحوال فلم تتحمله العاقلة كضمان المتلفات .

٢٧٦٠٧ - ولا يلزم بدل العبد ؛ لأنه يتقدر بحال إذا جاوز الدية لم يبلغ إليها ولا يلزم أرش اليد الشلاء إذا بلغ خمسمائة ؛ لأن أرش اليد يجوز أن يتقدر [بحال .

٢٧٦٠٨ - ولا يلزم إذ أقله يتقدر ، ولا لأنه عكس العلة ولأنها لا تتقن بنفسها ولأنه نقص لا يتقدر] [5] أرشه بحال فلا تتحمله العاقلة أصله ضمان المال .

٢٧٦٠٩ - ولا يلزم قيمة العبد ؛ لأن ذلك ليس بنقص ولأن ما يتحمل ضمانه الأب والابن لا يتحمله الأخ والعم كضمان المال ولأنها على ذكر لسبب النفس ولا يعادل

---

(١) انظر المبسوط (٢٦/٦٧) وعبارته: ولهذا لا نوجب القليل من الأرش وهو ما دون أرش للموضحة على العاقلة .

(٢) الأم (٧/٣٤٥) وعبارته: وعقل الخطأ على عاقلة الجاني قل ذلك العقل أو كثر . وقال في (٧/٣٤٦) : قلنا ما بلغ أن يكون دية فعلى العاقلة وما نقص من الدية فعلى جانيه .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٤/١٩٠) برقم ٤٥٦٨ .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

نفسها فلم تتحملها العاقلة أصله الجناية على البهيمة .

٢٧٦١٠ - احتجوا : بأنها نصف العشر فما زاد .

٢٧٦١١ - قلنا : المعنى في الأصل أنه مقدر تعادل نفسًا فتحملت العاقلة أرشه وما دونها جناية على ذكر ليست نفسًا ولا يعادل نفسًا .

٢٧٦١٢ - قالوا : من حمل كثير الأرش حمل قليله ، أصله الجاني .

٢٧٦١٣ - قلنا : وجوب الضمان على الجاني بجنايته مقتضى الأصول ووجوبها على غيره [خارج عن الأصول فلا يجوز أن يقال لنا اطرد ما وضع على الأصول] (١) فيجب أن يطرد ما خرج عنها .

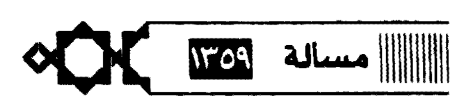
٢٧٦١٤ - ولأن ما لزم الإنسان عن نفسه يستوي فيه حال الحاجة وغيرها كالديون فيما يلزمه لأجل غيره يجوز أن يختلف لحاجة الغير وانتفاعه كصدقة الفطر والنفقة والقليل لا يفتقر الجاني إلى تحمله عنه فاستغنى عن التحمل .

٢٧٦١٥ - قالوا لو اشترك ألف في قتل رجل وجب على كل واحد منهم أقل من نصف عشر الدية وتحملت ذلك عاقلته .

٢٧٦١٦ - قلنا : الجناية يحتاج فيها إلى التحمل فلا تعتبر بكثرة العدد كما أن الغني لا يحتاج إلى التحمل لكن جنايته لما كانت مما يحتاج إلى تحملها حملتها العاقلة عنه .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .



مسألة ١٣٥٩

[المولى الأسفل لا يتحمل الدية]

٢٧٦١٧ - قال أصحابنا : المولى الأسفل لا يتحمله الدية [١] .

٢٧٦١٨ - وقال الشافعي : يتحملها [٢] .

٢٧٦١٩ - لنا : أن كل حكم تعلق بالولاء وثبت للمولى الأعلى على الأسفل لا يثبت للأسفل على الأعلى كالميراث ولأن التحمل يثبت بالنصرة والقرب لا تستنصر بمواليها فجرى مجرى النساء والصبيان .

٢٧٦٢٠ - قالوا كل شخصين يتحمل أحدهما عن الآخر يتحمل الآخر عنه كالأخوين .

٢٧٦٢١ - قلنا : الأخوان تساويا في النصر فتساويًا في التحمل ، والموليان لا يتساويان في الانتصار فلا يتساويان في التحمل .

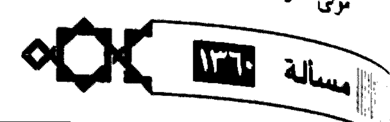
٢٧٦٢٢ - قالوا : مولى فوجب أن يتحمل العقل كالمعتق .

٢٧٦٢٣ - قلنا : تساويهما في اسم الولاء لا يدل على تساويهما في الحكم المتعلق بالولاء أصله الميراث .

* * *

(١) انظر: البدائع (٢٥٧/٧) وعبارته: ولا تؤخذ من النساء والصبيان والمجانين والرقيق ؛ لأنهم ليسوا من أهل النصرة .

(٢) الأم مع مختصر المزني (٣٥٦/٨) وعبارته: ولا أحمل الموالي من أسفل عقلًا حتى لا أجد نسبًا ولا موالي من أعلى ثم يحملونه ؛ لأنهم ورثته ولكن يعقلون عنه كما يعقل عنهم .



[مولى الموالاة يتحمل الدية]

٢٧٦٢٤ - قال أصحابنا : مولى الموالاة يتحمل الدية [١] .

٢٧٦٢٥ - وقال الشافعي : لا يتحمل [٢] .

٢٧٦٢٦ - لنا : أنه أحد نوعي الولاء فيتعلق به تحمل الدية كولاء العتاقة ولأنه يتناصر به فجاز أن يتحمل به الدية كولاء العتق وهذه مبنية على أن هذا العقد صحيح وهو منعقد على العقل والولاء فإذا صح العقد ثبتت الأحكام المقصودة به .

٢٧٦٢٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ ﴾ [٣] .

٢٧٦٢٨ - قلنا : إذا كان للقاتل قبيلة يتحملون لم يتحمل المولى عنه عندنا والكلام فيمن لا عشيرة له .

٢٧٦٢٩ - قالوا : روي أنه ﷺ قال : « لا حلف في الإسلام » [٤] .

٢٧٦٣٠ - قلنا : يجوز أن يكون نفي وجود الحلف ولا نفي حكم فاحتمل أن يكون الحكم المنفي الميراث واحتمل أن يكون الولاء وليس أحدهما أولى من الآخر .

٢٧٦٣١ - قالوا الحلف كان يتعلق به التوارث ثم نسخ بقوله تعالى : ﴿ وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَـٰبِ ٱللَّهِ ﴾ فإذا نسخ سقطت أحكامه .

٢٧٦٣٢ - قلنا : إنما نسخ فيمن له أقارب بالرحم فبقي سواه على ما كان عليه .

٢٧٦٣٣ - قالوا : ليس بينهما قرابة كالأجنبي .

٢٧٦٣٤ - قلنا : الأجنبي إن كان ينصر القاتل تحمل عنه عندنا كأهل الديوان وإن كان لا ينصر فالفرق بينه وبين المولى وجود النصرة في أحدهما أو عدمها في الآخر .

---

(١) انظر: البدائع (٢٥٦/٧) وعبارته: وإن كان القاتل معتقًا أو مولى الموالاة فعاقلته مولاه وقبيلة مولاه .

(٢) والأم (١٢٦/٦) وعبارته: ولا يعقل الحليف بالحلف ولا يعقل عنه بحال إلا أن يكون معنى بذلك خبر لازم ولا أعلمه .

(٣) سورة الأحزاب : الآية ٦ .

(٤) متفق عليه أخرجه البخاري في صحيحه (٨٠٣/٢) برقم ٢١٧٢ ، ومسلم في صحيحه (١٩٦٠/٤) برقم ٢٥٢٩ .

٢٧٦٣٥ – قالوا : عقد فلا يتعلق به التحمل كالنكاح .

٢٧٦٣٦ – قلنا : النكاح العرب لا تناصر بالنكاح فلا يتعاقلون به ويتناصرون بالولاء وكذلك تعاقلوا به والذي روي أن النبي ﷺ قضى بالدية على القبيلة لا دلالة فيه ؛ لأنه يجوز أن يكون القاتل ليس له موالاة .

* * *



[أهل الذمة لا يتعاقلون]

٢٧٦٣٧ - قال أصحابنا : أهل الذمة لا يتعاقلون وإنما تجب جنايتهم في أموالهم [١] .

٢٧٦٣٨ - وقال الشافعي : يتعاقلون [٢] .

٢٧٦٣٩ - لنا : أن الدية تتحمل بالنصرة وأهل الذمة في دار الإسلام لا يتناصرون بأقاربهم فصاروا معهم كالأجانب ولأنه ضمان لا تتحمله عنهم الأب و الابن فلا يتحمله الأخ والعم كضمان المال .

٢٧٦٤٠ - احتجوا : بأنه ﷺ قضى بالدية على العاقلة [٣] .

٢٧٦٤١ - قلنا : أهل الذمة لا عواقل لهم [لأن العاقل هو المانع] [٤] وبعضهم لا يمنع عن بعض .

٢٧٦٤٢ - قالوا : يتوارثون فوجب أن يتعاقلوا كالمسلمين .

٢٧٦٤٣ - قلنا : لو كان التحمل بالتوارث كان أولى القرابة بالأب والابن وعندهم لا مدخل للأب والابن فيه فكيف يعتبر بالتوارث والمعنى في المسلمين وجوب التناصر بينهم وهذا لا يوجد في أهل الذمة .

* * *

(١) انظر الهداية مع العناية (٤٠٤/٤٠٣/١٠) وعبارته : وإن كان لأهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلًا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم ؛ لأنهم التزموا أحكام الإسلام في المعاملات لاسيما في المعاني العاصمة عن الإضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم . وإن تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه .

(٢) الأم (٣٥٧/٨) وعبارته: وإذا حكمنا على أهل العهد ألزمنا عواقلهم الذين تجري أحكامنا عليهم.

(٣) سبق تخريجه .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .



مسالة ١٣٦٢

[الحاضر والغائب في تحمل الدية]

٢٧٦٤٤ - قال أصحابنا : الحاضر والغائب في تحمل الدية سواء [1] .

٢٧٦٤٥ - وقال الشافعي : لا يتحمل الغائب مع الحاضر [2] .

٢٧٦٤٦ - لنا : أن النصرة موجودة في الغائب فوجب أن يتحمل كالحاضر ولأن كل حكم يثبت للحاضرين من القرابة يثبت للغائب كالتوارث .

٢٧٦٤٧ - قالوا : التحمل مواساة فالحاضر أحق بها من الغائب كالزكاة .

٢٧٦٤٨ - قلنا : لا نسلم أن صرف الزكاة إلى القريب الغائب أولى من صرفها إلى الآخر الحاضر .

* * *

---

(١) انظر : المبسوط (١٣١/٢٧) وعبارته : وفى حق أهل الديوان أن من مات منهم قبل خروج العطاء وقبل تمام السنة لم يصر عطاؤه ميراثًا لورثته .

(٢) الأم (٣٥٧/٨) وعبارته : ولا ينتظر بالعقل غائب



[إذا وجد في المحلة نصف الآدمي]

٢٧٦٤٩ - قال أصحابنا : إذا وجد في المحلة نصف الآدمي بالطول فلا قسامة فيه حتى يوجد الأكثر [١] .

٢٧٦٥٠ - وقال الشافعي : تجب فيه القسامة [٢] .

٢٧٦٥١ - لنا : أنه وجد أقل من أكثر البدن فصار كما لو وجد عضو من الأعضاء ولأن القسامة لو وجبت في هذا النصف جاز أن يوجد النصف الآخر في محله فتجب القسامة في نفس واحدة مرتين وهذا لا يصح .

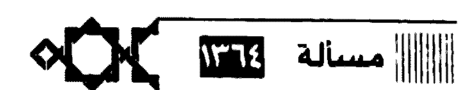
٢٧٦٥٢ - احتجوا : بأنه قتيل فتجب فيه القسامة كالأكثر .

٢٧٦٥٣ - قلنا : وجوب القسامة لا يؤدي إلى تكرار القسامة في نفس واحد وهذا لا يوجد في النصف .

* * *

(١) انظر البدائع (٢٨٩/٧) وعبارته : وإن وجد مشقوقًا فلا شيء فيه ؛ لأن النصف المشقوق لا يسمى قتيلا .

(٢) ومغني المحتاج (٣٨٢/٥) وعبارته : وفسر القرينة بقوله بأن أيما كان وجد قتيل أو بعضه كرأسه إذا تحقق موته في محلة .



[إذا قطع لسان صبي]

٢٧٦٥٤ – قال أصحابنا : إذا قطع لسان صبي لم يعلم منه الكلام ففيه حكومة [١] .

٢٧٦٥٥ – وقال الشافعي : دية كاملة [٢] .

٢٧٦٥٦ – لنا : أنه يجوز أن يكون كامل المنفعة ويجوز أن يكون ناقصًا لا يقدر على الكلام فلا يجب الأرش الكامل بالشك .

٢٧٦٥٧ – ولأنه متلف مشكوك [في صحته] [٣] فصار كسائر المتلفات ولأنه لو أوجب إكمال الدية مع دعوى القاطع نقصان العضو لزمنا الضمان بالشك .

٢٧٦٥٨ – احتجوا : بما روى أن النبي ﷺ قال في : « اللسان الدية » [٤] .

٢٧٦٥٩ – قلنا : المراد به اللسان السليم الكامل المنفعة باتفاق ، وهذا لا نعلمه في مسألتنا .

٢٧٦٦٠ – قالوا : ما يجب فيه كمال الدية من الصغير أصله التدبير .

٢٧٦٦١ – قلنا : إنما يجب كمال الدية في الكبير إذا علم صحة لسانه فإن اختلف في ذلك ولم نقم بينه بالصحة فهو مثل مسألتنا ، فأما يد الصغير ورجله فإن علم صحتها بالحركة وجب فيها كمال الدية وإن لم يعلم ذلك لم تجب إلا الحكومة وكذلك غير الصبي ما لم يعلم أنه يمص بها لا يجب بها كمال الأرش .

٢٧٦٦٢ – قالوا : العادة أنه صحيح وأنه ينطق به إذا بلغ إلى النطق كما يبطش يده إذا قدر على البطش .

٢٧٦٦٣ – قلنا : الظاهر لا يستحق به حق على الغير وإنما تدفع به الدعوى إذا أوجبنا في مسألتنا كمال الأرش لأوجبناه بالظاهر وهذا لا يصح .

* * *

---

(١) انظر: البدائع (٣٢٤/٧) وفى لسانه(أي الصغير) حكومة العمل لا الدية وإن استهل ما لم يتكلم .

(٢) الأم (١٢٩/٦) وعبارته : وكذلك إذا جنى على لسان الصبي وقد حركه ببكاء أو بشيء يعبره اللسان فبلغ أن لا ينطق ففيه الدية .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٨٩/٨) برقم ١٦٠٣١ .



[إذا اصطدم فارسان]

٢٧٦٦٤ - قال أصحابنا : إذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر : على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر (١) .

٢٧٦٦٥ - وبه قال الشافعي (٢) .

٢٧٦٦٦ - لنا : ما روي عن علي كرم الله وجهه في الفارسين يصطدمان على عاقلة كل واحد منهما دية الآخر (٣) .

٢٧٦٦٧ - ولأن كل واحد منها جنى على صاحبه بصدمته فوجب أن يلزمه جميع ديته كما لو كان واقفًا فصدمه فمات وجبت الدية على عاقلة الصادم خاصة .

٢٧٦٦٨ - ولأن كل واحد منهما قصد (٤) ضرب الآخر فماتا ، ولأن صدم الإنسان غير مضايقة على المصدوم وليست جناية من الصادم على نفسه بدلالة أن المسلم يجوز أن يصدم العدو وإذا غلب على ظنه أن ذلك يؤثر فيه ولو كان صدمه جناية على نفسه لم يجز كما يجوز أن يجرح نفسه ليتمكن من العدو ، وقد اتفقوا على أن من بنى حائطًا في الطريق فصدمه رجل فمات وجبت ديته على عاقلة الباني ولو اعتد بفعل جنايته على نفسه لوجب نصف ديته فلما وجبت جميعها دل على أن فعله غير معتد به .

٢٧٦٦٩ - احتجوا : بما روي عن علي ﷺ أنه قال : على كل واحد منهما نصف دية الآخر (٥) .

٢٧٦٧٠ - قالوا : وقال ابن المنذر في كتابه : وقد روى عن علي أنه قال : عليه جميع الدية ولم يثبت .

---

(١) انظر: المبسوط (١٩١/٢٦) وعبارته : وإذا اصطدم الفارسان فوقعا جميعا فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية صاحبه عندنا استحسان وفي القياس على عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه وهو قول زفر .

(٢) الأم (٩٢/٦) وعبارته: وإذا اصطدم الراكبان - على أي دابة كان كل واحد منهما - فماتا معا فعلى عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه من قبل أن كل واحد منهما جان على نفسه وعلى غيره .

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٥٤/١٠) برقم ١٨٣٢٨ .

(٤) ساقطة من صلب (ص) .

(٥) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤٣٥/٦) وقال : غريب .

٢٧٦٧١ - قلنا : يجوز أن يكون عبرة فأما أن يقبل هذا القول محملاً من غير طعن يوجد معلوم فلا يصح ، ويجمع بين الروايتين فنقول يجب جميع الدية إذا لم يعلم كيف مات ، ويجب نصف الدية إذا مات من الفعلين جميعًا .

٢٧٦٧٢ - قالوا كل واحد منهما مات بفعل صاحبه وبفعل نفسه ؛ لأن صدمته لغيره يتألم به كما لم يصدم الغير له فصار كالميت من الجراحتين .

٢٧٦٧٣ - قلنا : قد سلمتم أن موته حصل من فعل صاحبه وادعيتم أنه بفعل نفسه أيضًا وأن ذلك في تلفه وهذا غير معلوم ، فلا يجوز أن يسقط الضمان المتبقي أو بعضه بالشك .

* * *



[إذا مال الجدار إلى طريق المسلمين]

٢٧٦٧٤ - قال أصحابنا : إذا مال الجدار إلى طريق المسلمين فطولب صاحبه بإزالته فلم يفعل مع الإمكان ضمن ما يتلف به إن سقط وكذلك إذا مال إلى ملك جاره إلا أن المطالبة في الطريق إلى كل واحد من المسلمين أما وإذا مال إلى ملك غيره فالمطالبة لصاحب الملك والمطالبة عندنا سبب الضمان ، فأما الإشهاد فيحتاج إليه ليثبت به المطالبة إن جحدها صاحب الحائط [1] .

٢٧٦٧٥ - وقال الشافعي : ظاهر في المختصر يقتضي أنه لا ضمان وإليه ذهب الإصطخري .

٢٧٦٧٦ - وقال المروزي يجب الضمان تقدم إليه أو لم يتقدم فأما الدليل على وجوب الضمان عند خلاف الطريق فلأن هو ملك الغير حق لصاحب الملك وحائط صاحب الحائط يده وقد حصل بالمثل حق الغير في يده بغيره فعليه فإذا طالبه بإزالته فلم يفعل مع الإمكان ضمن كمن ألقت الريح ثوبًا إلى داره فطالبه صاحبه فلم يرد عليه ولا يلزم الحائط المشترك إذا شهد على أحد الشريكين .

٢٧٦٧٧ - لأن الضمان يجب في أحد الروايتين ؛ لأن الشريك تعدى على مخاصمة شريكه حتى يساعده على النقض وعلى الرواية الأخرى لا يضمن ؛ لأنه لا يتمكن من نقض الحائط المشترك ونحن [2] .

٢٧٦٧٨ - قلنا : فإذا امتنع من الرد مع الإمكان .

٢٧٦٧٩ - فإن قيل : المعنى في الثوب أنه مال مقوم فجاز أن يضمنه بحصوله في يده والهواء لا قيمة له فلم يضمنه بالمنع .

---

(١) انظر البدائع (٢٨٥/٧) وعبارته: وعلى هذا يخرج ما إذا كان الحائط المائل لجماعة فطولب بعضهم بالنقض فلم ينقض حتى سقط فعطب به شيء أن القياس أن لا يضمن أحد منهم . وفي الاستحسان يضمن الذي طولب .

(٢) وأسنى المطالب مع الروض (٧٣/٤) وعبارته: والجدار إن بنى - أي إن بناه شخص - مستويًا أو مائلًا إلى ملكه أو موات فسقط وأتلف شيئًا فلا ضمان، لأنه تصرف في ملكه ولم يقصر ولأن له أن يبني في ملكه كيف شاء . نعم إن كان ملكه المائل إليه الجدار مستحقًّا لغيره بإجارة أو وصية كان كما لو بناه مائلًا إلى ملك غيره فيما يظهر . والأم (٣٥٧/٨) .

٢٧٦٨٠ - قلنا : إذا بنى الحائط مائلًا ضمن ما يتولد منه وإن كان الحاصل في يده الهوا ولا قيمة له ولأنه إذا طولب بالإزالة وجب عليه النقل فإذا لم ينقل مع الإمكان ضمن [١] ما يتولد منه كما لو بنى حائطاً مائلاً إلى ملك غيره وكما لو وضع حجرًا في الطريق .

٢٧٦٨١ - احتجوا : بأنه وضع الحائط في ملكه فلا يكون سببًا في الضمان كما لو لم يطالب .

٢٧٦٨٢ - قلنا : ما حصل في يده بغير فعله تختلف فيه المطالبة .

٢٧٦٨٣ - وقيل : المطالبة كالثوب إذا ألقته الريح في داره .

٢٧٦٨٤ - قالوا : ما ليس بسبب الضمان إذا لم يتقدم إليه بإزالته وجب أن لا يكون سببًا للضمان إذا تقدم أصله إذا حفر بئرًا في ملك نفسه وإذا أجج نارا في ملك نفسه وطارت شرارته إلى ملك غيره [٢] .

٢٧٦٨٥ - قلنا : إذا حفر في ملك نفسه فلم يحصل لغيره في يده المطالبة لا حكم لها .

٢٧٦٨٦ - وفي مسألتنا حق الغير حصل في يده فالمطالبة بإزالته مؤثرة فأما النار فمتى أطارت الريح الجمر إلى ملك غيره فطالبه بأخذ الجمر ونقله فلم يفعل مع الإمكان ضمن ما يتلف به وهو مثل مسألتنا .

٢٧٦٨٧ - فأما الكلام على الطريقة الأخرى فلأن حق الغير حصل في يده فعله فلا يضمنه قبل المطالبة أصله الثوب إذا ألقته الريح في داره ولأنها جناية ليست فاختلف فيها التعدي وغيره كحفر البئر .

٢٧٦٨٨ - ولو قلنا : أنه يضمن بغير مطالبة استوى من بناه مائلًا ومن بنى في حق نفسه فمال البناء .

٢٧٦٨٩ - احتجوا : بأنه إذا مال فقد لزمه إزالته ؛ لأنه ما جعل في ملك غيره بغير إذنه فإذا لم يزل مع القدرة ضمن ما يتولد منه كما لو ترك نقض الحائط فوقع لم يضمن ما يتولد بنقضه إلا أن يكون طولب ولو طولب ضمن ما يحدث من النقض [كما يضمن ما يتولد من نقض الحائط في قول محمد] [٣] وعلى قول أبي يوسف لا ضمان في النقض وإن أشهد على الحائط إلا أن يطالب بنقل النقض مطالبة أخرى ؛ لأن الجناية

---

(١) ساقطة من (ص) ، ومستدركة في الهامش . (٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

التي أشهد عليها زالت عن مكانها قالوا ما وجب ضمانه إذا تقدم إليه بإزالته وجب وإن لم يتقدم كما لو بنى الحائط مائلاً وكما لو حفر في الطريق بئرًا .

٢٧٦٩٠ - قلنا : هناك حصل حق الغير في يده بفعله فضمنه مع وجود المطالبة وعدمها .

٢٧٦٩١ - وفي مسألتنا قد بينا أنه حصل في يده بغير فعله فاختلف في الضمان المطالبة وعدمها .

٢٧٦٩٢ - فإن قيل : إذا مال إلى الطريق فعليه أن يدفع ضرره عن المسلمين فإن لم يفعل صار متعديًا فيجب عليه الضمان وإن لم يطالب .

٢٧٦٩٣ - قلنا : إذا لم يكن له صنع في السبب سقط عنه الضمان وإن أمر بالإزالة ألا ترى أن الدابة المتعلقة هو مأمور بردها وربطها فلو جنت مع إمكان أحدهما لم يضمن جنايتها ولو طولب بأحدهما من حيث صارت إليه فلم يفعل مع القدرة ضمن ما يكون من جنايتها .

٢٧٦٩٤ - فإن قيل : على الطريقة الأولى طولب في الحائط فباع الدار ثم سقط لم يجب عليه الضمان ولو كان متعديًا بالترك مع المطالبة لم يسقط الضمان بزواله كمن وضع حجرًا في الطريق ثم باعه لم يسقط الضمان عنه بخروجه من ملكه .

٢٧٦٩٥ - قلنا : الحائط المائل إذا لم يكن على ملكه في ابتداء الميل لم يضمن فإن طولب كالمستأجر والمودع والمستعير كذلك إذا زالت الملك في الدار لم يجب الضمان والحجر لو وضعه ابتداء وهو لا يملكه ضمن ما يتولد منه كذلك إذا كان ملكه ثم زال الملك لم يسقط الضمان .

• • •



مسألة ٣٦٧

[إذا ضرب سنًا فاسودت]

٢٧٦٩٦ - قال أصحابنا : إذا ضرب سنا فاسودت وجب كمال أرشها (١) .

٢٧٦٩٧ - وقال الشافعي : يجب فيها النقصان (٢) .

٢٧٦٩٨ - لنا : أن السن إذا اسودت بطلت منفعتها ؛ لأنها شين ولا ينفع بها وفوات المنفعة بكمال يوجب كمال الأرش كشلل اليد وذهاب ضوء العين ولأنها جزء يقصد به المنفعة فجاز أن يجب كمال أرشه مع بقائه كالعين واليد .

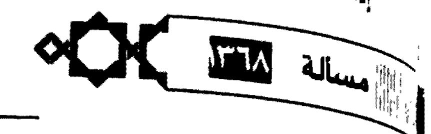
٢٧٦٩٩ - احتجوا : بأنه تغير كالاصفرار والاحمرار .

٢٧٧٠٠ - قلنا : إن كانت فيه فلا تثبت وفسدت فهو مثل مسألتنا وإن كان اللون يتغير والمنافع بحالها فهو كما لو اسودت ولم يؤثر ذلك في منافعها ، ولو تصور أنها تسود ومنافعها بحالها وجب في السواد والنقصان أيضًا فلا فرق بين الموضعين .

* * *

(١) انظر : مجمع الأنهر (٦٤٨/٢) وعبارته: ولو اسودت كلها بضربة وهي أي السن قائمة فالدية في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله .

(٢) الأم (٣٨/٦) ، وعبارته : إذا جنى رجل على سن رجل فاسودت مكانها فعليه حكومة .



[إذا حفر العبد بئراً]

٢٧٧٠١ – قال أصحابنا : إذا حفر العبد بئرًا في الطريق فأعتقه ثم وقع في البئر إنسان فالضمان على المولى (١) .

٢٧٧٠٢ – وقال الشافعي : على المعتق (٢) .

٢٧٧٠٣ – لنا : أن الحفر هو الجناية بدلالة لو مات الحافر ثم وقع فيها إنسان وجب الضمان في ماله ولو أن جنايته تقدمت لم يضمن والجناية الحاصلة في حال الرق يخاطب المولى بحكمها كالجراحة .

٢٧٧٠٤ – ولأن الحفر كالجراحة لأنه من فعله والوقوع ليس من فعله فهو كالسراية ومعلوم أن العبد إذا جرح ثم أعتق ومات المجروح كان الضمان على المولى كذلك هذا .

٢٧٧٠٥ – احتجوا : بأن التلف حصل بعد الحرية فصار كما لو باشر القتل .

٢٧٧٠٦ – قلنا : هناك لا يستند التلف إلى سبب سابق فاعتبر حال وقوعه

٢٧٧٠٧ – وفي مسألتنا يستند إلى حال الحفر فصار كالسراية التي يستند إلى الجرح السابق .

* * *

(١) انظر : المبسوط (٤٧/٢٧) وعبارته : وإذا حفر العبد بئرًا في طريق بغير إذن مولاه ثم أعتقه مولاه ثم علم بما حفر ثم دفع فيها رجل فمات فعلى المولى قيمة العبد .

(٢) أسنى المطالب مع الروض (٨٥/٤) وعبارته : ومن حفر وكان عبدًا أو ذميًا بئرًا عدوان أو رمى صيدًا فعتق العبد أو عتق أباه وانجر ولاؤه إلى مولى أبيه أو أسلم الذمي ثم بعد العتق أو الإسلام تردى رجل في البئر أو أصابه السهم فمات أو عتق أبوه وانجر ولاؤه إلى موالي أبيه أو أسلم الذمي ثم بعد العتق أو الإسلام تردى رجل في البئر أو أصابه السهم فمات ضمن الحاضر أو الرامي الدية في ماله فلا تجب على السيد لانتقال العبد عن ملكه قبل الوجوب .

مسألة ١٣٦٩

[إذا قتل الأب ابنه]

٢٧٧٠٨ - قال أصحابنا : إذا قتل الأب ابنه وجبت الدية في ماله مؤجلة [١].

٢٧٧٠٩ - وقال الشافعي : تجب حالة [٢] .

٢٧٧١٠ - لنا : أن الدية وجبت بنفس القتل فوجب أن تكون مؤجلة أصله الخطأ وشبه العمد ولأنه قتل لا يتعلق به القصاص للإمكان كشبه العمد .

٢٧٧١١ - فإن قيل : شبه العمد تتحمله العاقلة - وهذا كلام على طريقة عامة أصحابنا - فأما على طريقة أبي الحسن أن موجب القتل القصاص ويتعذر الاستيفاء .

٢٧٧١٢ - فإنا نقول : إن القصاص لما لم يستقر وجوبه صار كأنه لم يجب وحل محل الوكيل .

٢٧٧١٣ - احتجوا : بأنه عمد تعذر استيفاء القصاص فيه كما لو عفى أحد الشركاء .

٢٧٧١٤ - قلنا : هناك تجب نصف الدية في مال لم يعد مؤجلاً لا يختلف أصحابنا في هذا إلا أن أصحابنا الثلاثة .

٢٧٧١٥ - قالوا : يوجد النصف ثلاث سنين وقال زفر في سنتين فإن قالوا عمد سقط فيه القصاص فما يجب فيه والأرش يجب حالًا كمن قطع نصف اليد من الساعد .

٢٧٧١٦ - قلنا : هناك واجب لو أمكنت القصاص المماثلة فإذا سقط لتعذر المماثلة كان الأرش حالًا وفي مسألتنا لا يتوهم وجوب القصاص فوجب البدل مؤجلاً .

• • •

(١) انظر الهداية مع العناية (٢٩٨/١٠) وعبارته : وإن قتل الأب ابنه عمدًا فالدية في ماله في ثلاث سنين

(٢) الأم (١٢٢/٦) وعبارته: ودية العمد حالة كلها في مال القاتل .



[إذا ضرب بطن امرأة]

٢٧٧١٧ - قال أصحابنا : إذا ضرب بطن امرأة فماتت ثم انفصل منها جنين ميت فلا شيء في الجنين [1] .

٢٧٧١٨ - وقال الشافعي : فيه الغرة [2] .

٢٧٧١٩ - لنا : أنه جنين انفصل بعد موتها ميتًا فلم يجب به ضمان كما لو انفصل بضرب بعد الموت .

٢٧٧٢٠ - ولأن كل ما لو انفصل منها يضمن أصله أعضاؤها .

٢٧٧٢١ - ولأن الجنين له حكم الأعضاء من وجه بدلالة أنه يعتق بعتقها ولا يكمل أرشه وله حكم الأنفس بدلالة أن بدله يورث عنه وأنه إذا انفصل في حياتها ثم مات انفرد بضمانه ولم يدخل في أرشها ، فإذا انفصل منافع حياتها لم يدخل في أرشها اعتبارًا بالأنفس ، وإذا انفصل بعد موتها ميتا لم يضمن اعتبارًا بالأعضاء والفرع المتردد بين أصلين يلحق بهما ولا يفرد أحدهما دون الآخر .

٢٧٧٢٢ - ولأن ديتها استقرت بموتها فما انفصل بعد ذلك منها متلفًا لم يجب فيه الضمان كالأعضاء .

٢٧٧٢٣ - ولا يلزم إذا قطعت يدها فألقت جنينًا لأن ما يجب بقطع اليدين دية اليدين وهو ديتها .

٢٧٧٢٤ - ولأنا قلنا : استقرت ديتها بموتها وهناك استقرت بالقطع .

٢٧٧٢٥ - احتجوا : بما روى أبو هريرة قال : اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فأصابت بطنها فقتلتها فأسقطت جنينًا فقضى رسول الله ﷺ

---

(١) انظر : المبسوط (٩٠/٢٦) وعبارته : ولو قتلت الأم ثم خرج الجنين بعد ذلك منها ميتا ففي الأم الدية ولا شيء في الجنين عندنا .

(٢) انظر : الأم (١١٧/٦) وعبارته : وبهذا قلنا إذا ألقت المرأة أجنة موتى قبل موتها أو بعده فذلك سواء وفي كل جنين منهم غرة .

بعقلها على عاقلة القاتلة وفي جنينها غرة عبد أو أمة [(١)] والواو للترتيب فيقتضي أنها ألقت بعد موتها .

٢٧٧٢٦ - قالوا : روى المغيرة بن شعبة أن امرأتين رمت إحداهما الأخرى بعمود فسطاط فقتلتها وألقت جنينًا فقضى النبي ﷺ على الجنين غرة عبد أو أمة وجعله على عاقلة المرأة [(٢)] . قالوا : والمرأة والواو وقوله « رمتها فقتلتها » يقتضي أن القتل تعقب الرمي لأن الفاء للتعقيب .

٢٧٧٢٧ - والجواب أن أبا داود روى عن ابن عباس في قصة حمل بن مالك قال فأسقطت غلامًا وقد نبت شعره ميتًا وماتت المرأة [(٣)] وهذا الخبر يقتضي أن الجنين انفصل في حياتها وكذلك أخبارهم لأن فيها « ألقت جنينًا » فأضاف الفعل إليها وهذا لا يكون إلا إذا وضعت في حياتها .

٢٧٧٢٨ - قالوا : كل حالة يجب فيها ضمان الجنين على الجاني إذا كان حيًا ثم مات وجب ضمانه إذا كان ميتًا أصله إذا أسقطته في حال حياتها .

٢٧٧٢٩ - قلنا : في حال حياتها يجوز أن يضمن ما انفصل من أعضائها فيجوز أن يضمن جنينها الميت وبعد الموت لم يضمن ما انفصل من أعضائها فلا يضمن ما انفصل منها متلفًا .

٢٧٧٣٠ - قالوا : كل جنين وجب ضمانه على الجاني إذا أسقطته في حال حياتها وجب ضمانه إذا أسقطته بعد موتها أصله إذا أسقطته حيًا ثم مات .

٢٧٧٣١ - قلنا : الحي لو سقط بضرب بعد الموت ضمن فإذا سقط بضرب [(٤)] قبل الموت والميت لو سقط بضرب بعد الموت لم يضمن [فإذا سقط بضرب قبل الموت لم يضمن] [(٥)] .

٢٧٧٣٢ - قالوا : الموت معنى وجد في الأم أسقط ضمانها فوجب أن لا يسقط ضمان جنينها .

٢٧٧٣٣ - ولأن الردة المسقطة لقيمة النفس لم توجد في الجنين فلم يسقط بدله والموت المسقط لقيمتها إذا لم يعلم حياة جنينها فقد وجد في الجنين ، فإذا ساواها في المعنى المسقط للتقويم سقط ضمانه .

(١ ، ٢) سبق تخريجه .
(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٤/١٩٢) برقم ٤٥٧٤ .
(٤) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .



[كفارة الجنين]

٢٧٧٣٤ - قال أصحابنا : لا كفارة في الجنين [١] .

٢٧٧٣٥ - وقال الشافعي : يجب على الضارب الغرة والكفارة [٢] .

٢٧٧٣٦ - لنا : ما روي أنه ﷺ ذكر الجنين فأوجب فيه الغرة [٣] ولم يوجب الكفارة ولو كانت واجبة لبينها ؛ لأنه بعض الحادثة عندهم فلما لم يبينها دل على أنها لا تجب .

٢٧٧٣٧ - فإن قيل : لأن الضرب كان عمدًا .

٢٧٧٣٨ - قلنا : بل كان شبه عمد ؛ لأنه ضرب بعمود فسطاط وروي بحجر وشبه العمد فيه الكفارة .

٢٧٧٣٩ - قالوا : فقد روي أنه قال : « ألا إن قتيل خطأ العمد فيه مائة من الإبل » [٤] ولم يذكر الكفارة .

٢٧٧٤٠ - قلنا : هذا يقتضي أن تكون الدية جمع الحكم لولا دلالة الإجماع .

٢٧٧٤١ - فإن قيل : إنما لم يبين ذلك لأنه مبين في القرآن .

٢٧٧٤٢ - قلنا : إن الله تعالى ذكر في القرآن وجوب الكفارة في قتل المؤمن والمعاهد ، وهذا لا يوصف به الجنين ولأنه ذكر الكفارة فيما يجب بقتله الدية والجنين لا دية فيه .

٢٧٧٤٣ - ولأنه متلف لا يعلم فيه حياة فلم يجب على قاتله كفارة [العتق أصله الأموال .

٢٧٧٤٤ - ولأنه لا يجب بإتلافه بدل نفس كاملة فلم تجب به كفارة العتق] [٥] كالأعضاء .

٢٧٧٤٥ - ولأن كفارة القتل تتعلق بوجوب القتل في الحي ولا تعلم الحياة فمتلفه

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (١٤٢/٦) وعبارته : ولا كفار : في الجنين .
(٢) انظر : مغني المحتاج (٣٧٦/٥) وعبارته : وبقتل جنين مضمون بالغرة أو غيرها لأنه آدمي معصوم .
(٣ ، ٤) سبق تخريجه .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

فليس بقاتل فلا تجب عليه كفارة .

٢٧٧٤٦ - ولأنه متلف لا يجب في عمده قصاص بحال فلا يجب عليه كفارة العتق كالبهائم أصله إذا قتله بعد الانفصال .

٢٧٧٤٧ - قلنا : لا نسلم أنه ضمن بدل نفس لأنه لم تعلم الحياة فالواجب ليس بيدل عنها وإنما يضمن لأنه قطع النماء عن الجنين والمعنى إذا ضمنه بعد الانفصال أن القصاص يجوز أن يجب بعمد فجاز أن يجب بعمد ، فجاز أن تجب الكفارة في إتلافه والجنين بخلاف ذلك .

٢٧٧٤٨ - قالوا : كفارة تجب بالقتل فوجب أن تجب بإلقاء الجنين أصله إذا ألقى جنينًا قبل الصيد .

٢٧٧٤٩ - قلنا : كفارة الصيد تجب بإتلافه الأجزاء فجاز أن يجب بإتلافه الجنين الجاري مجرى الصيد وكفارة القتل لا تجب في الأعضاء فلا تجب في الجنين الجاري مجرى الأعضاء .

* * *



[إذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينًا]

٢٧٧٥٠ - قال أصحابنا : إذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينًا ضمن نصف عشر قيمته إن كان ذكرًا أو عشر قيمته إن كان أنثى [١] ولم تعتبر قيمة الأم [٢] [٣] .

٢٧٧٥١ - وقال الشافعي [٤] : عشر قيمة الأم ذكرًا كان أو أنثى يوم جنى عليها وقال المزني يوم ألقت الجنين [٥] . وقال في جنين أم الولد من مولاها غرة يكون قيمتها نصف عشر دية الأب [٦] وكذلك في جنين الذمية إذا كان أبوه مسلمًا وفي جنين الكتابية إذا كان أبوه مجوسيًا عشر قيمتها عشر دية الأم [٧] فاعتبر [٨] المذهبين

٢٧٧٥٢ - والكلام في هذه المسألة يقع في فصلين أحدهما : أن الواجب في الجنين يعتبر بنفسه ولا يعتبر بدية أبيه والثاني تقدير العشر ونصف العشر .

٢٧٧٥٣ - فأما الدليل على أن الواجب معتبر به فما روي أنه ﷺ قضى في الجنين بغرة [٩] وهذا يقتضي أن يكون الواجب فيه معتبرًا فيه .

٢٧٧٥٤ - ولأنها نفس متلفة فيعتبر بدلها بها [١٠] ولا يعتبر بغيرها أصله سائر المتلفات .

٢٧٧٥٥ - ولأن الحمل في بنات آدم نقص وانفصاله زيادة فلو اعتبرنا الجنين بأنه لم

---

(١) غير واضحة في (ص) .
(٢) بعدها بياض بمقدار كلمتين في (ص) .
(٣) انظر : المبسوط (٨٩/٢٦) وعبارته : وإنما تبين ذلك في جنين الأمة ، فالواجب عندنا نصف عشر قيمته إن كان ذكرًا وعشر قيمته إن كانت أنثى .
(٤) انظر : الأم (٣٣١/٧) وعبارته: إذا ضرب الرجل بطن الأمة فألقت جنينًا حيًا ثم مات ، ففي الجنين قيمة نفسه ، فإذا ألقته ميتًا ففيه عشر قيمة أمه .
(٥) انظر : مختصر المزني مع الأم (٣٥٨/٨) وعبارة المزني : القياس على أصله عشر قيمة أمه يوم تُلقيه .
(٦) انظر : الأم (١٢٠/٦) وعبارته : ومثل أن تكون أمة توطأ بملك سيدها ، فتكون دية جنينها نصف عشر دية أبيه .
(٧) انظر : الأم مع مختصر المزني (٣٥٧/٨) وعبارة المزني: وإن كان نصرانيًا أو مجوسيًا فنصف عشر دية نصراني أو مجوسي ، وإن كانت أمه مجوسية وأبوه نصرانيًا أو أمه نصرانية وأبوه مجوسيًا فدية الجنين في أكثر أبوابه نصف عشر دية نصراني .
(٨) بعدها بياض بمقدار ثلاث كلمات في (ص) .
(٩) سبق تخريجه .
(١٠) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

يجب فيه شيء لأنها لم تنقص بانفصاله وإنما زادت فلا يضمن بالإتلاف دل على أن الضمان معتبر به واحتج محمد في الرد على أهل المدينة بأن قال : هذا يؤدي إلى أن يجب في الجنين الميت أضعاف ما يجب فيه لو كان حيًا . لأن الجنين ينفصل ولو كان حيًا قوم كأمه عشر ألف فإذا انفصل حيًا ثم مات وجب فيه مائة وإذا انفصل ميتًا وجب فيه ألف . ولا يجوز أن يكون ضمانه إذا خرج ميتًا أكثر من ضمانه إذا خرج حيًا .

٢٧٧٥٦ - ولأنه إذا انفصل حيًا اعتبر ما يجب فيه بنفسه لا بغيره وكل شيء لو أتلف بعد كماله اعتبر بدله به كذلك إذا أتلف فيه كماله كسائر المتلفات .

٢٧٧٥٧ - ولأنه جنين أمه فلم يعتبر الواجب فيه بأمه كجنين الأم .

٢٧٧٥٨ - ثم قال في جنين الأمة الحر أنه يعتبر بأبيه وفي المجوسية من المسلم أنه يعتبر بأبيه فكأنهم اعتبروه بأوفى الأمرين وهذا غلط لأن المتلف يعتبر في ضمانه المتبقي ولا يعتبر الأكثر ولأن الجنين قد يكون كاملًا وأمه معيبة ناقصة وقد يكون ناقصًا في نفسه بالعيوب وأمه صحيحة غير معيبة ولا يجوز أن يعتبر ما يجب في الصحاح بالمعيب ولا ما يجب في المعيب بالصحيح .

٢٧٧٥٩ - فإن قيل : يعتبر بأمه المعيبة لو كانت صحيحة .

٢٧٧٦٠ - قلنا : فنحن نعتبر بنفسه لو كان حيًا .

٢٧٧٦١ - احتجوا : بأنه ﷺ أوجب في جنين الحرة غرة [1] وسوى بين الذكر والأنثى وهذا هو الأصل في الجنين .

٢٧٧٦٢ - قلنا : هذا لا دلالة فيه لأنا اتفقنا على أن جنين الحرة الغرة وأنها مقومة بخمسين دينارًا وهو عشر ديته إن كانت أنثى ونصف عشرها إن كان ذكرًا وجنين الأمة فرع عليها فيجب أن يعتبر بها وهذا يؤدي إلى ما قلناه .

٢٧٧٦٣ - قالوا : جناية سقط بها جنين ميت فوجب أن يكون الذكر والأنثى في الضمان سواء . أصله جنين الحرة .

٢٧٧٦٤ - قلنا : ضمان الأحرار يفضل الذكر على الأنثى ثم خولف بين جنين الحرة وأصول الجنايات فسوى بين الذكر والأنثى وجنايات المماليك لا يفضل الذكر فيها على الأنثى ويجوز أن يتساويان فيجب أن يختلف حكم الجنين أصله الضمان في المماليك فيفضل الأنثى على الذكر حتى يختلف ضمان الجنين في المماليك كما اختلف في الأحرار .

---

(١) سبق تخريجه .

٢٧٧٦٥ - قالوا : إنما سوي بين الذكر والأنثى في ضمان [1] الجنين لأنه قد خرج بحيث لا يبين فيه علامة الذكر والأنثى وقد خرج منقطعًا وقد خرج عضو منه فيجب البدل فإن كان لا يعلم أذكر هو أم أنثى فلهذا سوى بين الذكر والأنثى ؛ وهذا المعنى موجود في جنين الأمة .

٢٧٧٦٦ - قلنا : قد قيل : أنه يسوى بينهما ليس كما ادعوا لكن ضمان الجنين يجب بقطع النماء عنه وإنما الأنثى أسرع من نماء الذكر ولهذا يتقدم بلوغها ويسرع هرمها فصار زيادة الذكر في مقابلته سرعة النماء الذي وجب الضمان لانقطاعه فتساوي أرشها لهذا المعنى .

٢٧٧٦٧ - قالوا : بدل يعتبر بأنوثة ولا يعتبر بنفسه لأنه لو اعتبر بنفسه وجب تقويمه ولا يجوز تقديمه لأنه لا يخلو [2] أن يقوم حيًا أو ميتًا ولا يجوز تقويمه ميتًا ؛ لأنه لا قيمة له وهو ميت ولا يجوز أن نقومه حيًا لأنا لم نتحقق حياته ولا ندري هل أتلف حياته أم لا فلم يجز تقويمه حيًا ولأنا لا ندرك صفاته والتقويم يحتاج إلى إدراك صفاته ومعرفة ما يحتاج الثمن لأجله والوقوف على أنه ذكر أو أنثى وهذا كله يخفي منه فلا يصح .

٢٧٧٦٨ - قلنا : أما قولكم أنه لا يجوز تقويمه ميتًا لأن الميت لا قيمة له فنحن نقومه ميتًا أن لو كان حيًا وهذا تقويم له في حال له قيمة .

٢٧٧٦٩ - وقولكم : لا يجوز تقويمه حيًا لأنا لا نعلم أنه أتلف الحياة بهذا إنما يلزم لو أنا نوجب قيمته حيًا فأما إذا كنا نوجب بعض قيمته لم يلزمنا لأنا اقتصرنا على بعض قيمة الحي إذا لم نعلم بوجود الحياة وكما نوجب في اليد الشلاء بعض ما يجب في اليد الصحيحة .

٢٧٧٧٠ - وقولهم أنا لا ندرك صفاته والتقويم يحتاج إلى العلم بالصفات يبطل كمن أتلف عبدًا لم يشاهده الحاكم ولا يجد من يعرف صفاته فإنا نوجب قيمته ونثبت منها ما يعرف به متلفه ولا يمنع جهلها بصفاته من الجاني قيمته .

٢٧٧٧١ - وقولهم لو وجب تقويمه وجب جميع قيمته كسائر المتلفات ليس بصحيح لأنا نقومه حيًا ونحن نعلم حياته فوجب بعض قيمة الجنين كما نوجب في اليد الشلاء قيمتها ولا يبلغ بذلك [أرش الصحيح] [3] بل نوجب فيها بعض ذلك لنقصانها

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) . (٢) غير واضحة في (ص) .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

ثم هذا الكلام لأنهم يمنعون به من اعتبار قيمته ليعتبرون بقيمته أبويه واعتبار المتلف به لا يشبهه خلاف الأصول ثم قد اعتبروا ما يجب فيه بقيمة أبويه ولم يعتبر كل قيمتها .

٢٧٧٧٢ - وإنما قالوا يجب عشر قيمتها - عشر قيمة الأم - ونصف عشرها إذا كان ذكرًا في هذا القول . قد قلنا بما قالوه في اعتبار الأبوين واعتبار المتلف بنفسه أولى من اعتباره بغيره .

٢٧٧٧٣ - فأما قولهم : إنه قد ينفصل ولا يتميز الذكر من الأنثى فإنه متى تميز ثبت الفصل وإن لم يتميز ثبت المتيقن كمن أتلف خنثى مشكل .

٢٧٧٧٤ - وقولهم : قد ينفصل أعضاء مفردة لا يمكن تقويمها فإنا نقول : متى انفصل على صفة لا يتقوم مثلها لم يوجب فيه شيئا ؛ لأن ما لا قيمة له من المملوكات لا يضمن بالإتلاف .

* * *

مسالة ١٣٧٣

[إذا وجد القتيل في محلة]

٢٧٧٧٥ - قال أصحابنا : إذا وجد القتيل في محلة وادعى وليه القتل عليهم استحلفوا خمسين يمينًا وقضى عليهم بالدية [١] .

٢٧٧٧٦ - وقال الشافعي : إذا ادعى ولي القتل وهناك لوث فإن الولي يستحلف ويقضى له بالدية فإن كان واحدًا لا يستحلف خمسين يمينًا وإن كان الأولياء جماعة ففيه قولان . أحدهما يحلف خمسين يمينًا . والثاني يقسم الأيمان بينهم على قدر ميراثهم فإن حلفوا - والقتل خطأ - قضي بالدية وإن كان عمد ففيه قولان . أحدهما يجب القود . والآخر : الدية المغلظة [٢] .

٢٧٧٧٧ - واللوث كل أمر يغلب على ظن السامع للدعوى أنه صادق في دعواه مثل الرجل بينه وبين قوم عداوة ظاهرة ولا يختلط بهم غيره فوجد قتيلًا بينهم أو بجمع جماعة في موضع ثم تفرقوا عن قتيل أو يوجد قتيلًا في صحراء بالقرب منه رجل معه سكين ملوثة بالدم أو يشهد بالقتل شاهد واحد عدل أو جماعة من غير العدول .

٢٧٧٧٨ - لنا قوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَـٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُو۟لَـٰٓئِكَ لَا خَلَـٰقَ لَهُمْ فِى ٱلْـَٔاخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ ٱللَّهُ ﴾ [٣] ومعلوم أن حقيقة الشراء لا توجد في اليمين وإنما المراد بذلك من جعل يمينه سببًا لاستحقاق المال وهذا يمنع من أن يستحق المدعي بيمينه المال على غيره .

٢٧٧٧٩ - ويدل عليه قوله ﷺ : « لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم [٤] دماء قوم وأموالهم ولكن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » [٥] فسوى ﷺ في

---

(١) انظر المبسوط (١٠٧/٢٦) وعبارته : وإذا وجد الرجل قتيلًا في محلة قوم ، فعليهم أن يقسم منهم خمسون رجلًا بالله : ما قتلنا ولا علمنا له قاتلًا. ثم يُغرَّمون الدية .

(٢) انظر : الأم (٩٨/٦) وعبارته : وإذا كانت دار قوم مجتمعه لا يخلطهم غيرهم وكانوا أعداء للمقتول أو قبيلة ووجد القتيل فيهم فادعى أولياؤه قتله فيهم ، فلهم القسامة .. إلخ . وانظر : مغني المحتاج (٣٨٣/٥) وعبارته : وتثبت القسامة بمحل لوث .. إلخ .

(٣) سورة آل عمران : الآية ٧٧ .

(٤) في (م) ، (ع): [ناس] .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٥٢/١٠) برقم ٢٠٩٩٠ .

الدعاوى بين الدماء والأموال وأوجب البينة فيها على المدعي واليمين على المدعى عليه .

٢٧٧٨٠ - ويدل عليه ما روي أن قتيلا وجد بين وادعة وحي آخر والقتيل إلى وادعة أقرب فقال عمر ﷺ لوادعة تحلّفون خمسين رجلا منكم ما قتلناه ولا نعلم له قاتلا ثم أغرموا فقال الحارث بن الأزمع : إما ندفع أموالنا عن أيماننا أو أيماننا عن أموالنا قال لا[1] وهذا بحضرة الصحابة من غير نكير فصار إجماعًا وهذا الحديث ذكره الطحاوي بإسناده عن شعبة عن الحكم .

٢٧٧٨١ - قالوا : روى بن أبي مليكة أن عبد الله بن الزبير أفاد بالقسامة [2] .

٢٧٧٨٢ - قلنا : إذا انعقد الإجماع في زمن عمر لم يعتد بخلاف ابن الزبير في خلافته وقد انقرض العصر وذهب أهله ويحتمل أن يكون استحلف فأقر المدعى عليه .

٢٧٧٨٣ - قالوا : يحتمل أن لا يكون هناك لوث فادعى الولي القتل على خمسين رجلا .

٢٧٧٨٤ - قلنا : في هذا الخبر إنه قاسه إلى أقرب الخبرين [3] وقال : يحلف منكم خمسون رجلا وهذا يقتضي التمكين وأغرمهم الدية وهذا يمنع أن يكون الدعوى على معين ؛ لأنه إذا كان كذلك حلف عندهم ولم يغرم وروى حفص [4] عن زياد بن أبي مريم قال : جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله أني وجدت أخي قتيلا في بني فلان قال اجمع منهم خمسين فيحلفون بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلًا قال يا رسول الله مالي من أخي إلا هذا ، قال بلى مائة من الإبل [5] ذكره أبو شجاع بإسناده في الآثار .

٢٧٧٨٥ - فإن قيل : يجوز أن لا يكون هناك لوث .

٢٧٧٨٦ - قلنا : لو كان كذلك لم تجب الدية مع الأيمان فلما أوجبها دل على خلاف قولهم ولأن يمين المدعي قوله فلا يستحق بها المال كدعواه .

٢٧٧٨٧ - فإن قيل شهادة [6] : المدعي عليه لا يسقط الخصومة ويمينه تسقط الخصومة .

---

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٠١/٣) برقم ٤٦٧٤ .

(٢) أخرجه ابن حزم في المحلى (٦٧/١١) ، ٧٠ .

(٣) غير واضحة في (ص) ، (م) .

(٤) في (م) ، (ع) : [حنيف] .

(٥) ذكره السرخسي في المبسوط (١٠٨/٢٦) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) ، وصلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

٢٧٧٨٨ - قلنا : دعوى الإنسان ويمينه في استحقاق الحق على غير سواء وإن اختلفا في إسقاط الخصومة ولهذا يستوي الدعوى واليمين في سائر الحقوق .

٢٧٧٨٩ - ولأنه حق مدعي فلا يستحلف فيه المدعي ابتداء أصله سائر الحقوق .

٢٧٧٩٠ - ولأن الشهادة أقوى في الاستحقاق من اليمين بدلالة أن يمين الشهود لا يثبت بها الحق ويثبت بشهادتهم فإذا لم يجز أن يستحق بشهادة الولى فلأن لا يستحق يمينه أولى .

٢٧٧٩١ - فإن قيل شهادة [1] المدعي عليه لا يسقط الخصومة ويمينه تسقط فدل أن يمين الإنسان في حق نفسه أقوى .

٢٧٧٩٢ - قلنا : اليمين والشهادة يختلفان في غير الاستحقاق [ويتساويان في الاستحقاق ونحن اعتبرنا أحدهما بالآخر في نفي الاستحقاق] [2] .

٢٧٧٩٣ - ولأن يمين المدعي لا يستحق بها أجر المتلف لأنه لو وجد رجل مجروح لم يقض على المدعي عليه بأرشه ومالا يثبت به ضمان أجزاء المتلف لا يثبت به ضمان جملة المتلف أصله شهادة العبيد والفساق .

٢٧٧٩٤ - ولأن ما لا يستحلف المدعي في أجزائه لا يستحلف في جملته كسائر الأموال .

٢٧٧٩٥ - ولأن كل ما لا يستحق به الدية إذا لم يكن هناك لوث لا يستحق من الدية إذا كان هناك لوث أصله ولأنها دعوى للقتل فصار كما لو لم يكن هناك لوث .

٢٧٧٩٦ - ولأنه بدل عن النفس فلا يستحق بيمين المدعي كالقصاص ولأنه أرش [فلا يستحق] [3] بيمين المدعي كأرش الأعضاء .

٢٧٧٩٧ - احتجوا : بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال : « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه إلا في القسامة » وكذلك رواه ابن عباس وإبراهيم [4] .

---

(١) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقطة من (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقطة من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٢٣/٨) برقم ١٦٢٢٢ عن عمرو بن شعيب وبرقم ١٦٢٢٣ عن مسلم بن خالد . ورواية ابن جريج عن عطاء عن أبي هريرة أخرجها الدارقطني في سننه (١١٠/٣) برقم ٩٨ ورواية عبد الرزاق والحجاج عن ابن جريج عن عمرو مرسلًا أخرجها الدارقطني في سننه (٢١٨/٤) برقم ٥٢ .

٢٧٧٩٨ - قلنا : الحديث مداره على مسلم بن خالد الهذلي [١] رواه عن عمرو بن شعيب عن جده ورواه عن ابن جريج عن عطاء [٢] عن أبي هريرة وخالفه عبد الرزاق والحجاج فروياه عن ابن جريج عن عمرو مرسلا . وقد اتفق أصحاب الحديث على أن مسلم بن خالد ضعيف وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، فقال الشافعي : مرسل لأن أحد جديه له صحبة والآخر لا صحبة له ، والمراسيل عندهم لا تقبل .

٢٧٧٩٩ - قالوا : قال الدارقطني : الجد المعروف الذي يروي عنه هو عبد الله بن عمرو وجده محمد بن عبد الله بن عمرو ولم يرو عنه إلا حديثا واحدًا لأنه لم يكن سمعه إلا من جده الأسفل .

٢٧٨٠٠ - قلنا : هذا الكلام رد على الشافعي فإن حكينا عنه رد أخباره بالإرسال ولأن مسلم له كتاب مفرد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فطعن فيه عليه وعلى أحاديثه وبين أنه رواها عن صحيفة ثم رواها الثقات عنه على وجوه مختلفة ينقض بعضها بعضا . ولأن سبب ذلك ضعف حفظه وتَرَكَه محمد بن إسماعيل البخاري فلم يذكر له حرفًا في كتابه فلم يجب الرجوع إلى قويلة الدارقطني ولم يرجع إلى طعن مسلم وترك البخاري له هذا الخبر .

٢٧٨٠١ - قد روي عن النبي ﷺ من طريق الاستفاضة وبحمله الأمة به ورجعه إليه وليس فيه استثناء فلو كان الاستثناء ثابتا لنقل كفعله لاستحالة أن ينقلوا لفظًا عامًا ويتركوا مما استثنى رسول الله ﷺ منه [٣] . ولو ثبت كان معناه : البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه إلا في القسامة فإن اليمين لا يختص بالمدعى عليه ألا ترى إنها تجب على خمسين معينين من المحلة وإن كان القاتل ادعى على غير معين أو ادعي على واحد منهم مجهول .

٢٧٨٠٢ - فإن قيل : الاستثناء من الإثبات نفي .

٢٧٨٠٣ - قلنا : الاستثناء يقتضي أن يثبت به ما يخالف المستثنى منه وقوله : اليمين على المدعى عليه [تقيضي أن جميع الأيمان على المدعى عليه فقوله : إلا في القسامة معناه أن اليمين لا يختص بالمدعى عليه] [٤] وهذا نفي في معناه إثبات كما أن مخالفنا

---

(١) في (م) ، (ع) [الذنجي] .

(٢) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ومستدركة في الهامش .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

يقول : معناه إلا في القسامة فإن اليمين يجب على المدعي ولا يجب على المدعى عليه وهذا نفي في معناه إثبات أيضًا فتساويا .

٢٧٨٠٤ - احتجوا : بما روى مالك عن [1] أبي ليلى بن عبد الرحمن أنه أخبر [2] سهل ابن أبي خيثمة [3] ورجال من كبراء قومه أن محيصة وعبد الله بن سهل خرجا إلى خيبر فتفرقا في حوائجهما فأخبر محيصة أن عبد الله قتل فطرح في حفرة أو في عين فأتى يهود فقال أنتم قتلتموه فقالوا ما قتلناه فقدم على قومه فأخبرهم فأقبل هو وأخوه وعبد الرحمن بن سهل أخو المقتول إلى النبي ﷺ فذهب محيصة يتكلم فقال ﷺ : « إما أن يدوا [4] صاحبكم وإما أن يؤذنوا بحرب » فكتب إليهم في ذلك فكتبوا إنا والله ما قتلناه فقال لحويصة ومحيصة وعبد الرحمن : تحلفون وتستحقون دم صاحبكم ؟ قالوا : لا قال أفتحلف لكم يهود ؟ قالوا ليسوا مسلمين فوداه رسول الله ﷺ من عنده فبعث مائة ناقة [5] .

٢٧٨٠٥ - قالوا : روى سهل بن أبي حثمة ورافع بن خديج أن عبد الله بن سهل ومحيصة بن مسعود أتيا خيبر لحاجة وذكر الحديث إلى أن قال : « تستحلفون قبيلتكم أو صاحبكم بأيمان خمسين منكم » قالوا : لم نشهد فكيف نحلف : « قال تبرئكم يهود بأيمان خمسين منهم » .

٢٧٨٠٦ - قلنا هذا الخبر قد تضمن ما يدل على خلاف قولكم لأنه ﷺ قال : « إما أن يدوا صاحبكم وإما أن يؤذنوا بحرب » ولا يجوز أن يؤذنوا بحرب إلا إذا منعوا واجبًا فدل أن الدية قد وجبت على اليهود فوجد القتل قبل الحلف من الأولياء .

٢٧٨٠٧ - وهذا قولنا ثم سهل بن أبي خيثمة [6] قال إبراهيم الحربي : قبض رسول الله ﷺ وله ثمان سنين [7] مثل وهذا لا يضبط في العادة وقد اختلفت الرواية اختلافا

---

(١) بعدها في كافة الأصول : [ابن] وهو خطأ ، والصواب ما أثبتناه . وهو: أبو ليلى بن عبد الله بن عبد الرحمن بن سهل الأنصاري المدني. روى عن: سهل بن أبي حثمة ، وروى عنه: مالك بن أنس. انظر: تهذيب الكمال (٢٣٤/٣٤ - ٢٣٨) .

(٢) كذا في الأصول والصواب: [أخبره] . انظر : تهذيب الكمال (٢٣٦/٣٤) .

(٣) كذا في الأصول والصواب: [حَثْمَة] . انظر : تهذيب الكمال (٢٣٦/٣٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يفدوا] .

(٥) أخرجه مالك في موطئه برواية أبي مصعب (٢٣٥٢) ، والبخاري في صحيحه (٢٦٣٠/٦) برقم ٦٧٦٩ . ومسلم في صحيحه (١٢٩٤/٣) برقم ١٦٦٩ .

(٦) كذا في الأصول والصواب: [حثمة] . انظر : تهذيب الكمال (٢٣٦/٣٤) .

(٧) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٧٥/٥) برقم ٥٧٩١ . وانظر : الإصابة (١٩٥/٣) .

يدل على قلة ضبطه فروى سفيان عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن سهل وذكر القصة فقال له النبي ﷺ : « افتبرئك يهود بخمسين يمينًا أنهم لم يقتلوه » وقال : كيف نرضى بأيمانهم وهم مشركون قال فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه قالوا كيف نقسم على ما لم نر فوداه رسول الله ﷺ من عنده [1] .

٢٧٨٠٨ - وروى سعيد بن عبيد الطائي عن بشير بن يسار أن رجلا من الأنصار يقال له سهل بن أبي خيثمة [2] أخبره أن نفرا من قومه انطلقوا إلى خيبر فتفرقوا فيها فوجدوا أحدهم قتيلا وذكر القصة إلى أن قال : « تأتون بالبينة فيحلفون لكم » قالوا لا نرضى بأيمان اليهود وكره رسول الله ﷺ أن يبطل دمه فوداه بمائة من إبل الصدقة [3] .

٢٧٨٠٩ - ففي الخبر الأول أن النبي ﷺ بدأ بيمين اليهود وفي هذا الخبر أنه طالب الأنصار بالبينة وأوجب اليمين على اليهود وهذا خلاف خبر مالك فدل على قلة ضبط سهل لما رواه .

٢٧٨١٠ - وقد ذكر ابن إسحاق عن محمد بن إبراهيم التيمي قال : ولقد وهم سهل فيما رواه قال رسول الله ﷺ للأنصار : « أتحلفون على أمر لم تشهدوه ولم تعاينوه » وروي ذلك محمد بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن بجيد القرظي قال محمد بن إبراهيم والله ما كان سهل بأكثر علما منه وقال أبو إسحاق : وسمعت عمرو بن شعيب في المسجد الحرام يقول : والله الذي لا إله إلا هو ما كان الحديث كما حدث سهل ولقد أوهم ولكنه ﷺ بعث إلى أهل خيبر : « أن قتيلا وجد بين أفنيتكم فدوه أو أذنوا بحرب » فبعثوا إلى النبي ﷺ يحلفون ما قتلوه فوداه رسول الله ﷺ من عنده [4] وهذا الطعن تحققه اختلاف رواية سهل .

٢٧٨١١ - ثم استقر في الشرع أن اليمين إذا كانت على فعل غيره كانت على العلم ولذلك يقول لهم النبي ﷺ : « أتحلفون » وهذا يقتضي الثبات ولا يقول لهم أتحلفون على علمكم وكيف يقول النبي ﷺ : « تستحقون دم صاحبكم بأيمان خمسين منكم [5] » ؟

---

(١) أخرجه النسائي في سننه (١١/٨) برقم ٤٧١٧ .
(٢) كذا في الأصول والصواب: [حثمة] . انظر: تهذيب الكمال (٢٣٦/٣٤) .
(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٢٨/٦) برقم ٦٥٠٢ .
(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٢٠/٨) برقم ١٦٢١٦ .
(٥) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

٢٧٨١٢ - وعند مخالفنا تجب اليمين على عبد الرحمن بن سهل (١) وحده لأنه أخو المقتول وحويصة ومحيصة عماه فلا يمين عليهما ؛ ولأن قوله : « أتحلفون وتستحقون » لا يجوز أن يكون عوضًا ولا أمرًا لأنه لو كان كذلك لنصب الثاني وقال أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم لأنه إذا أراد الجمع في الأمر والنهي والعوض واليمين والخبر بالنفي (٢) نصب الثاني ؛ لأن الاستحقاق لا يثبت بها في سائر الدعاوى .

٢٧٨١٣ - يبين صحة هذا أنهم قالوا للنبي ﷺ ابتداء إنا أصبحنا فوجدناه ولا ندري من قتله فكيف يأمرهم النبي ﷺ باليمين على مالا يعلمونه وكيف يقولوا للنبي ﷺ كيف نقسم على ما لم نره ؟ وفي ذلك استدراك على النبي ﷺ أنه قال ذلك إنكارا ونصا قالوا كيف نحلف على ما لم نره موافقة للنبي ﷺ ونحن نرا لإنكاره (٣) .

٢٧٨١٤ - والذي يبين ذلك أن عمر بن الخطاب قضى بالقسامة بخلاف ما في اليمين (٤) وقد بقي حويصة ومحيصة إلى زمن عمر بن الخطاب فلم ينكرا حكمه ولا اعترضه فيه أحد من الصحابة .

٢٧٨١٥ - وهذا عمر بن عبد العزيز مع معرفته بالسنة ينكر القسامة وإيجاب القتل بها ويكتب إلى عماله إما شاهدين أو يقسم المدعى عليهم وأمره أن يكتب أسماء الذين أقسموا من أهل الدم فلا يقبل لهم في الإسلام شهادة أبدا .

٢٧٨١٦ - وقال سالم بن عبد الله وقد تهيأ قوم من بني ليث ليقسموا فقال لهم : يا عباد الله قوم يحلفون على أمر لم يشهدوه ولم يعلموه ولم يروه ولو كان لي من أمر الناس شيء لنكلت بهم وجعلتهم نكالا ولم أقبل شهاداتهم (٥) .

٢٧٨١٧ - وقد أنكر القسامة شريح (٦) ....

(١) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٢) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين غير واضح في (ص) . (٤) سبق تخريجه .

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤٤٥/٥) برقم ٢٧٨٥٣ .

(٦) هو : شريح القاضي الفقيه أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكِنْدي قاضي الكوفة. ويقال: هو من أولاد الفرس الذين كانوا باليمن. يقال: له صحبة. ولم يصح ، بل هو ممن أسلم في حياة النبي صلى الله عليه وسلم وانتقل من اليمن زمن الصديق . حدث عن: عمرو ، وعلي ، وعبد الرحمن بن أبي بكر. حدث عنه: قيس ابن أبي حازم ، ومُرّة الطيب ، وتميم بن سلمة ، والشعبي ، وإبراهيم النخعي ، وابن سيرين ، وغيرهم . ولاه عمر قضاء الكوفة ، وقيل: أقام على قضائها ستين سنة. وقد قضى بالبصرة سنة. وفد زمن معاوية إلى دمشق وكان يقال له : قاضي المصريين. توفي سنة ٧٨ أو ٨٠ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (١٣٠/٥ - ١٣٤) .

وإبراهيم [١] وهذا يدل على صحة تأويلنا في الجنين وأنه ليس على ظاهره .

٢٧٨١٨ - قالوا : يمين المدعى عليهم لا يحكم بموجبها وكل من لا يحكم بموجب يمينه لا يعرض اليمين عليه أصله المدعي في سائر الحقوق .

٢٧٨١٩ - قلنا : هذا قياس يخالف النص لأنه ﷺ كتب إلى يهود : « أما أن تحلفوا أو تغدوا أو أذنوا بحرب » [٢] .

٢٧٨٢٠ - ولأن اليمين عندنا يقضى بموجبها في القسامة كما يقضي بموجبها في سائر الدعاوي ؛ وذلك لأن الولي يدعي عليهم القتل فإذا حلفوا سقطت دعواهم بأيمانهم ثم الدية تؤخذ منهم على وجه التحمل كما تؤخذ من العاقلة واليمين لم تقع على نفي التحمل وينتقض بالمتحالفين في البيع أنه لا يقضى بيمين واحد منهما وإنما نفسخ البيع ولا يمنع ذلك من وجوب الاستحقاق .

٢٧٨٢١ - فإن قيل : إنما نقضي بيمين أحدهما إذا نكل الآخر .

٢٧٨٢٢ - قلنا : هناك القضاء بنكول لا بيمين الحالف .

٢٧٨٢٣ - قالوا : أيمان متكررة سوغت في الدعاوى فوجب أن يبدأ بأيمان المدعي كاللعان .

٢٧٨٢٤ - قلنا : اللعان عندنا شهادة وليس بيمين ومن حكم الشهادة أن يقضى فيها ببينة المدعي ثم المتلاعنان كل واحد [٣] منهما مدعي ومدعى عليه لأن الزوج يدعي عليها الزنا وهي تدعي عليه وجوب الحد فهو يحلف لينفي دعواها ولا نحلفه لينفي دعواه وهذا كالمبتايعين كل واحد منهما يحلف لينفي دعوى صاحبه لا لتحقق .

٢٧٨٢٥ - فعلى هذا الابتداء بيمين المدعى عليه في اللعان .

٢٧٨٢٦ - ولأن اللعان يجمع فيه بين المتخاصمين فجاز أن يقدم المدعي .

٢٧٨٢٧ - وفي مسألتنا لا يجمع بين أيمان ولي الدم وأيمان المدعى عليهم فاختصت اليمين بالمدعى عليه كما اختصت في سائر الدعاوى .

٢٧٨٢٨ - قالوا : اليمين في الأصول موضعة في جنبة [٤] من قوي سببه وجنبة

---

(١) انظر : المحلى (٢٩٣/١١) ، ومصنف ابن أبي شيبة (٢٥٠/٥) .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٤) الجنبة : الناحية. انظر : لسان العرب مادة (جنب) .

المدعي مع اللوث أقوى .

٢٧٨٢٩ - قلنا : يبطل بدعوى إتلافه المال إذا كان هناك وبالمدعي للمال إذا شهد له عبد أو نساء لأن اليمين لا توضع في جنبته ولو شهدوا للولي قويت جنبته عند مخالفنا وقضي بيمينه .

٢٧٨٣٠ - قالوا : الجمع بين الأيمان والقضاء بالمال خلاف الأصول .

٢٧٨٣١ - قلنا : قد بينا أن النهي وضعت لنفي القتل عن الحالف والمال يقضى به عليه تحملا عن القاتل كما تتحمل العاقلة والأصول لا تمنع أن يجمع على الإنسان المال لمعنى واليمين لغيره ألا ترى أن الغاصب نستحلفه على زيادة القيمة التي يدعيها ونقضي عليه بالقيمة التي اعترف بها فيجمع بين اليمين والمال لكن اليمين في معنى والقضاء بالمال في غيره .

• • •



مسألة ١٣٧٤

[حلف الولي في القسامة]

٢٧٨٣٢ – قال أصحابنا : إذا حلف الولي في القسامة لم يثبت [1] القصاص . وقال مالك يجب القصاص .

٢٧٨٣٣ – وهو قول الشافعي القديم [2] .

٢٧٨٣٤ – لنا : قوله ﷺ : « لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » [3] .

٢٧٨٣٥ – ولأن قول الواحد لا يثبت القصاص أصله الشهادة .

٢٧٨٣٦ – ولأن يمين المدعي لا يثبت بها الحق ابتداء أصله الدعوى في المال .

٢٧٨٣٧ – ولأنه قصاص فلا يثبت بيمين المدعي أصله القصاص فيما دون النفس .

٢٧٨٣٨ – واحتج المخالف بقوله ﷺ للأنصار : « تحلفون وتستحقون دم صاحبكم » [4] وقد تكلمنا على هذا الخبر .

٢٧٨٣٩ – وقد روي عن عمر بن [الخطاب وعبد الله بن عباس أنهما لم يقيدا بالقسامة [5] .

٢٧٨٤٠ – وروي عن عمر بن] [6] عبد العزيز أنه أبرز سريره يومًا للناس فقال : ما تقولون في القسامة ، فقالوا القسامة حق وقد أفادتها الخلفاء فقال : ما تقول يا أبا قلابة فقال يا أمير المؤمنين أرأيت لو أن رجالًا شهدوا على رجل محصن بدمشق أنه زنى ولم يروه أكنت ترجمه ، قال لا قال أبو قلابة فو الله يا أمير المؤمنين ما قتل رسول الله ﷺ

---

(١) انظر : المبسوط (١٠٩/٢٦) وعبارته : ووجوب القسامة والدية على أهل المحلة مذهب علمائنا .

(٢) انظر : حاشية قليوبي وعميرة ١٦٩/٤ وعبارته : ولا قصاص فيه في الجديد . وفي القديم : فيه قصاص كما في غير القسامة ، وفرّق الأول بضعفها . وانظر : المنتقى (٥٢/٧) وعبارته : ولا خلاف في المذهب أنه يستحق بالقسامة مثل القاتل .

(٣) في (م) ، (ع) : [من أنكر] . والحديث : سبق تخريجه .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٢٩/٨) برقم ١٦٢٤٠ .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

إلا في إحدى ثلاث خلال : رجل قتل بجريرة نفسه فقتل أو رجل ارتد عن الإسلام فحارب الله ورسوله أو رجل زنى بعد إحصان [1] .

٢٧٨٤١ - وقد كان عبد الملك أمير المؤمنين أفاد بقسامة ثم ندم على ذلك فأمر بالخمسين الذي أقسموا فمحوا من الدواوين وسيرهم من الشام [2] ولو كان قوله ﷺ : « أتحلفون وتستحقون » بيان على ظاهره لم يعارضه أبو قلابة بالقياس .

٢٧٨٤٢ - وقد روينا عن عمر بن عبد العزيز أنه عاقب الذين تهيئوا ليقسموا ولو كان ما فعلوه سنة لم يستحقوا العقوبة بالعزم عليه .

٢٧٨٤٣ - وقد روي أن القسامة كانت من أحكام الجاهلية فأقرها رسول الله ﷺ [3] فيجوز أن يكون قوله : « أتحلفون وتستحقون » على ذلك الأصل ثم نسخ بحديث ابن عباس : « لو أعطى الناس بدعاويهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم » .

* * *

(١، ٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦/٢٥٢٨) برقم ٦٥٠٣ .

(٣) أخرجه النسائي في سننه (٨/٥) برقم ٤٧٠٨ .

مسألة ٣٧٥

[إذا وجد الميت في محلة ولا اثر به]

٢٧٨٤٤ - قال أصحابنا : إذا وجد ميت في محلة ولا أثر به لم يجب على أهل المحلة قسامة [1] .

٢٧٨٤٥ - وقال الشافعي : إذا كان هناك لوث استحلف الولي فإن امتنع استحلف أهل المحلة [2] .

٢٧٨٤٦ - لنا : أنه إذا لم يكن به أثر فالظاهر أنه [3] مات حتف أنفه والميت لا تجب فيه قسامة ولأنه ميت لا أثر فيه فصار كما لو لم يكن لوث .

٢٧٨٤٧ - احتجوا : بأنه قد يقتل بما لا أثر له كالخنق والغم .

٢٧٨٤٨ - قلنا : كل واحد من هذين الأمرين يحصل له أثر في العادة .

٢٧٨٤٩ - قالوا : القسامة تتبع الدعوى فإذا ادعى الولي ما يجوز أن يكون سمعت دعواه .

٢٧٨٥٠ - قلنا : إذا لم يكن أثر فالظاهر خلاف ما يدعيه فلا نسلم [4] أن الدعوى وقعت بمجوز .

٢٧٨٥١ - قالوا إذا كان هناك أثر فإن الدعوى مسموعة ويجوز أن يكون حرج نفسه أو سقط من شاهق .

٢٧٨٥٢ - قلنا : هذا التجويز مسلم ولكن لم يوجد ظاهر يخالف الدعوى فلا يسقط حكمها بالتجويز .

٢٧٨٥٣ - وقد وجد في مسألتنا ظاهر بخلاف الدعوى فذلك لم يجوز الحكم بمقتضاها .

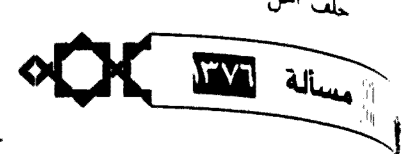
* * *

(١) انظر: البدائع (٢٨٨/٧) وعبارته: وأما شرائط القسامة والدية فأنواع: منها أن يكون الموجود قتيلاً وهو أن يكون به أثر القتل من جراحة أو أثر ضرب أو خنق ، فإن لم يكن شيء من ذلك فلا قسامة فيه ولا دية .

(٢) انظر: مغنى المحتاج (٣٨٣/٥) وعبارته : وتثبت القسامة في القتل بمحل لَوْث .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) في (ص) : [ثم] .



[حلف أهل المحلة]

٢٧٨٥٤ - قال أصحابنا : إذا حلف أهل المحلة غرموا الدية [١] .

٢٧٨٥٥ - وقال الشافعي : لا تلزمهم الدية [٢] .

٢٧٨٥٦ - لنا : ما روي أنه ﷺ كتب إلى اليهود : « إما أن تحلفوا أو تدوا وإلا فأذنوا بحرب » [٣] فجمع الأمرين عليهم .

٢٧٨٥٧ - ويدل عليه حديث زياد بن أبي مريم قال : جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال يا رسول الله إني وجدت أخي قتيلًا في بني فلان قال : « اجمع منهم خمسين فيحلفون بالله ما قتلوا ولا علموا له قاتلًا » فقال : يا رسول الله مالي من أخي إلا هذا ، قال : « بلى مائة من الإبل » [٤] وهذا يدل على اجتماع الأمرين .

٢٧٨٥٨ - فإن قيل : هذا خبر واحد يخالف الأصول .

٢٧٨٥٩ - قلنا : لا يخالفها لأن اليمين من كل واحد من المستخلفين والدية إنما تجب لنصرتهم للبقعة والأصول تمنع من استيفاء الدية الحق المستحلف عليه مع اليمين فأما أن يستحلف من نفى ويجب ضمان معنى آخر لم يستحلف عليه فلا يخالفها كما لو ادعى المولى قتل العمد فاعترف المدعى عليه بقتل خطأ .

٢٧٨٦٠ - ويدل عليه حديث الحارث بن الأزمع أنه قال لعمر لما قضى عليهم باليمين والمال قال لا تدفع أموالنا عن أيماننا لا تجزي هذه عن هذا ولا هذا عن هذه ، فقال عمر رضي الله عنه فمن يطل دم صاحبكم [٥] ؟

٢٧٨٦١ - ولأن أهل المحلة تلزمهم الدية بالنصرة فلم تسقط عنهم بأيمانهم كالعاقلة .

٢٧٨٦٢ - ولأنه قتل يلزمهم حكمه بغير بينة فلم يسقط بدله بأيمانهم أصله إذا أقروا به .

٢٧٨٦٣ - والدليل على الوصف أن حكم القتل يثبت عندنا بوجود القتل وعندهم بأيمان الأولياء .

---

(١) انظر: البدائع (٢٨٧/٧) وعبارته: فإذا حلفوا يغرمون الدية وهذا عند أصحابنا رحمهم الله .

(٢) انظر: الأم (١٠٠/٦) وعبارته: ومن أوجبت له دية نفس بيمين أو أوجبت له أن يبرأ من نفس بيمين ، لم يستحق هذا ولم يبرأ من هذا بأقل من خمسين يمينًا .

(٣ - ٥) سبق تخريجه .

٢٧٨٦٤ – احتجوا : بما روي أنه ﷺ قال : « يبرئكم اليهود بأيمان خمسين منهم »[1].

٢٧٨٦٥ – قلنا : قد روينا هذا الخبر عن زياد وهو أنه كتب إلى يهود إما أن تحلفوا أو تدوا فقوله : يبرئكم محمول على البراءة من دعوى القتل وهذا لا يسقط الدية الواجبة باختصاصهم بالبعضة .

٢٧٨٦٦ – قالوا المدعى عليه إذا صحت يمينه برئ أو سقطت الدعوى[2] والمطالبة أصله سائر الدعاوى .

٢٧٨٦٧ – قلنا : إذا كانت الدعوى في معنى فحلف المدعى عليه على ذلك المعنى انقطعت الخصومة فيه .

٢٧٨٦٨ – وكذلك نقول في مسألتنا ؛ لأن الدعوى على كل مستحلف أنه قاتل ويمينه تقطع الخصومة في هذه الدعوى وقد وجب عليه حق آخر لا يجب عليه لأنه قاتل لكن لزمه لنصرته لهذه المنفعة وتخصيصه بها وهذا المعنى لا يتناول اليمين ولا استحلف عليه فلا يسقط الخصومة بيمينه أصله إذا اعترف المدعى عليه بقتل الخطأ والولي يدعي العمد فحلف على دعوى قتل العمد وجبت الدية ولم يسقط عنه بيمينه .

* * *

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .



[نكول المدعى عليه]

٢٧٨٦٩ - قال أصحابنا : إذا نكل المدعى عليهم عن الأيمان في القسامة حبسوا حتى يحلفوا [١] .

٢٧٨٧٠ - وقال الشافعي : لا يحبسوا [٢] .

٢٧٨٧١ - لنا : أن أهل المحلة تلحقهم التهمة لأن الظاهر أن القاتل منهم إذا نكلوا قويت التهمة والحبس ثبت للتهمة بدلالة ما روي أنه ﷺ حبس رجلًا في تهمة [٣] .

٢٧٨٧٢ - ولأنا دللنا على أن الواجب الجمع بين الأيمان وبدل الدية فصارت الأيمان نفس الحق ومن امتنع من حق عليه يقدر على إيفائه حبس كالديون .

٢٧٨٧٣ - ولأن الولي يدعي قتل العمد وقد وجبت الأيمان ولا يجوز له إسقاط الخصومة بنكول المدعى عليه كسائر الدعاوى .

٢٧٨٧٤ - ولأنه إذا نكل لم يلزمه معنى بنكوله خرجت اليمين من أن تكون حقًا عليه ؛ لأنه يملك أن يسقطها عن نفسه بغير شيء وقد أجمعنا أنها مستحقة فلا يجوز أن يسقطها من استحقت عليه من غير شيء يلزمه .

٢٧٨٧٥ - احتجوا : بأنه نكول عن يمين في جهته فوجب أن لا يحبس بسببه أصله اليمين في سائر الدعاوى .

٢٧٨٧٦ - قلنا : اليمين في [سائر الدعاوى] [٤] ليست نفس الحق بدلالة أن المدعى عليه لو بذل المال لم يستحلف فإذا نكل قضينا بالمال فوصل المدعي إلى حقه فلا معنى للحبس .

٢٧٨٧٧ - وفي مسألتنا لو بذل المال لم تسقط الأيمان إذا كان الولي يدعي قتل العمد فإذا نكلوا لم يجز الحكم بقتل العمد بالإجماع وليس المال حق المدعي كله فلذلك حبسوا لإيفاء الحق .

---

(١) انظر: المبسوط (١١٢/٢٦) وعبارته: فإن نكلوا عن اليمين ، حبسوا حتى يحلفوا ، لأن الأيمان في القسامة حق مقصود لتعظيم أمر الدم .

(٢) انظر: الأم ١٠٠/٦ وعبارته: وإن نكل المدعى عليه الدم عن اليمين وامتنع الوارث من اليمين ، فلا شيء على المدعى عليه .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣١٤/٣) برقم ٣٦٣٠ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

مسألة ١٣٧٨

[ادعاء الولي القتل على واحد]

٢٧٨٧٨ - قال أصحابنا : إذا ادعى الولي القتل على واحد معين وليس هناك لوث استحلف يمينًا واحدة [1] . وهو قول الشافعي .

٢٧٨٧٩ - وقال في قول آخر : يستحلف خمسين يمينًا [2] .

٢٧٨٨٠ - لنا : قوله ﷺ البينة على الدعي واليمن على المدعى عليه [3] .وهذا يقتضي وجوب ما يتناوله اسم اليمين .

٢٧٨٨١ - فإن قيل اللام للعهد وفي دعوى الدم التكرار .

٢٧٨٨٢ - قلنا : المعهود في سائر الدعاوى يمينًا واحدة وتكرار الأيمان يثبت في المواضع الذي ظهرت التهمة فيه .

٢٧٨٨٣ - ولأنه حق الدعاء على معين فلا يستحلف فيه خمسين يمينًا كسائر الدعاوى .

٢٧٨٨٤ - ولأنها يمين تختص المدعي عليه فلا تكرر كدعوى المال . ولا يلزم القسامة لأن اليمين لا تختص بالمدعى عليه .

٢٧٨٨٥ - احتجوا : بأنها يمين مسموعة في دعوى دم لعدم البينة فوجب لتغليظها عدد أصله إذا كان هناك لوث .

٢٧٨٨٦ - قلنا : ظهرت التهمة فتكرر اليمين تيقنًا [4] وهذا لا يوجد إذا لم يكن هناك تهمة .

---

(١) انظر : الهداية مع العناية (٣٧٩/١٠) وعبارته: وعن أبي يوسف في غير رواية الأصل أن في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من أهل المحلة ويقال للولي : ألك بينة ، فإن قال : لا . يستحلف المدعي عليه يمينًا واحدة .

(٢) انظر: الأم (١٠٣/٦) وعبارته: وإذا كان للقتيل تجب فيه القسامة وارثان فادعى أحدهما على رجل من أهل المحلة أنه قتله وحده وأبرأه صاحبه بأن قال: ما قتله. كان فيها قولان ، أحدهما : أن لولي الدم المدعي الذي لم يُبرئْ أن يحلف خمسين يمينًا ويستحق على المدعى عليه نصف الدية إن كان عمدًا وماله وعلى العاقلة إن كان خطأً ، والقول الثاني : أنه ليس للورثة أن يُقسموا على رجل يبرئه أحدهم إذا كان الذي يبرئه يحضر .

(٣) سبق تخريجه .

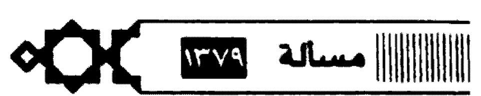
(٤) غير واضحة في (ص) .

٢٧٨٨٧ – قالوا : تكرار اليمين إنما يثبت حرمة النفس وهذا المعنى موجود هاهنا .

٢٧٨٨٨ – قلنا : تكرار اليمين ثبت [١] لظهور التهمة وهذا المعنى لا توجد هاهنا .

• • •

(١) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .



مسألة ١٣٧٩

[إذا لم يعين الولي الدعوى]

٢٧٨٨٩ - قال أصحابنا : إذا لم يعين الولي الدعوى على واحد من أهل المحلة استحلف منهم خمسون رجلًا وكذلك إن قال القاتل منهم ألا أني لا أعرفه [١] .

٢٧٨٩٠ - وقال الشافعي : لابد للولي من تعيين القاتل ولا يستحلف من لم يعينه بالدعوى [٢] .

٢٧٨٩١ - لنا : أن الأنصار ادعوا القتل على اليهود ولم يعينوا لأنهم قالوا لا نعلم من قتله [٣] فسمع النبي ﷺ دعواهم وألزم اليهود الأيمان وهذا خلاف قولهم .

٢٧٨٩٢ - وحديث زياد بن أبي مريم أن الرجل قال للنبي ﷺ إني وجدت أخي قتيلًا في بني فلان فقال : « اجمع منهم خمسين فيحلفون بالله ما قتلناه » [٤] ولم يعتبر الدعوى .

٢٧٨٩٣ - وكذلك حكم عمر بن الخطاب بالأيمان في القتيل الذي وجد بين وادعة وبين خزاعة لقربه من وادعة [٥] ولو كان الولي عين القاتل بالدعوى لم يحتج إلى النظر في الأقرب .

٢٧٨٩٤ - لأنا لو قلنا : لا نسمع الدعوى حتى يعين سقط حقه لأنه لا يعلم القاتل منهم .

٢٧٨٩٥ - ولأنه ادعى والظاهر يشهد له بدعواه فصار كما لو ادعى على جماعتهم .

٢٧٨٩٦ - ولأنه لو ادعى على معين صحت الدعوى وإن لم يشهد لها ظاهر وإذا ادعى على واحد منهم غير معين كالظاهر يشهد له فأولى أن تسمع دعواه .

٢٧٨٩٧ - احتجوا : بقوله ﷺ : « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » [٦] .

٢٧٨٩٨ - قلنا : عندنا يجب اليمين هاهنا على المدعى عليه والكلام [في أنه] [٧]

---

(١) انظر: تبيين الحقائق : (١٧١/٦) وعبارته : وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم القتل عمدا أو خطأ .

(٢) انظر : الأم (١٠١/٦) وعبارته: وإن قال: قتله فلان ونفر معه . لم يحلفه حتى يسمي النفر ، فإن قال : لا أعرفهم ، وأنا أحلف على هذا أنه فيمن قتله. لم يحلفه حتى يسمي عدد النفر معه .

(٣ - ٦) سبق تخريجه .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

هل يجب تعيينه أم لا فأما إذا أبرأه وقال : هذا ليس بقاتل فإنا لا نستحلفه .

٢٧٨٩٩ - قالوا : من لم يكن مدعيًا ولا مدعى عليه لم يكن محلًا لليمين أصله من لم يكن من أهل المحلة واليمين في سائر الدعاوى .

٢٧٩٠٠ - قلنا : المعنى [1] في سائر الدعاوى أن القضاء يقع على معين ، فلابد أن يتعين المقضي عليه وهاهنا يقع القضاء على غير معين فلا يحتاج إلى تعيين المدعي .

٢٧٩٠١ - ولأنا لا نعين تعيينه ابتداء إلا أن اختيار من يستحلف إليه فتصير تعيينه اختيار لتعيينه بالدعوى .

* * *

(1) ساقطة من (م) ، (ع) .



مسألة ١٣٨٠

[إذا أسلم في دار الحرب]

٢٧٩٠٢ - قال أصحابنا : إذا أسلم الرجل في دار الحرب ولم يهاجر فقتله مسلم عمدًا فلا ضمان عليه ولا كفارة وإن قتله خطأ فعليه الكفارة ولا دية عليه [١] .

٢٧٩٠٣ - وقال الشافعي : عليه القود والدية [٢] .

٢٧٩٠٤ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ [٣] عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ [٤] ولا يخلو أن يكون المراد [وإن كان من بمعنى الانتساب إليهم أو من قوم بمعنى في قوم لا يجوز أن يكون المراد] [٥] من قوم [٦] معنى البعضية .

٢٧٩٠٥ - ولأن جميع أصحاب النبي ﷺ كان ينسبون إلى الكفار فلم يبق إلا أن يكون المراد به من قوم عدو لكم أو يكون معناه من قوم أي من جملتهم كما يقال فلان صالح من قوم فساق .

٢٧٩٠٦ - فإن قيل إنما لم يذكر الله تعالى الدية اكتفاء بما سبق .

٢٧٩٠٧ - قلنا : لو كان كذلك لسكت عن الكفارة اكتفاء بما سبق .

٢٧٩٠٨ - ولأن دم الحربي كان على أصل الإباحة فلم يتقوم إلا بالحيازة كالصيد والحشيش .

٢٧٩٠٩ - ولأن النبي ﷺ قال : « أنا بريء من كل مسلم أقام بين ظهراني أهل الشرك » [٧] وإطلاق البراءة يمنع تقويم الدم .

---

(١) انظر : البدائع (١٠٦/٧) وعبارته : ولو أسلم حربي في دار الحرب ولم يهاجر إلينا فقتله مسلم عمدًا أو خطأ ، فلا شيء عليه إلا الكفارة وعند أبي يوسف عليه الدية والخطأ .

(٢) انظر: مغني المحتاج (٣٠٣/٥) وعبارته: لا يجوز قتل من لم تبلغه الدعوة ويقتص لمن أسلم بدار الحرب ولم يهاجر منها بعد إسلامه وإن تمكن ، لأن العصمة بالإسلام .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٤) سورة النساء : الآية رقم ٩٢.

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش.

(٧) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥/٣) برقم ٢٦٤٥ .

٢٧٩١٠ – ولأن دار الحرب موضع إباحة الدماء وإذا قتل فيها فقد قارن قتله سبب الإباحة وما سقط بالشبهة إذا قارنه سبب الإباحة سقط وإن لم يحصل الإباحة كمن وطئ جارية مشتركة .

٢٧٩١١ – ولأن مقامه في دار الحرب يوهم أنه منهم وذلك يمنع وجوب القصاص كما لو وقف في صف الحرب وإذا قتله على وجه العمد لا يتعلق به قصاص ثبت أنه إذا كان خطأ لا تجب الدية لأن أحدًا لا يفصل بين الأمرين .

٢٧٩١٢ – احتجوا : بالظواهر الدالة على وجوب القصاص .

٢٧٩١٣ – قلنا : قد أريد بجميعها قتل العمد الذي لا شبهة فيه وذلك غير مسلم في مسألتنا .

٢٧٩١٤ – قالوا قال الله تعالى : ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا [1] فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ ﴾ [2] .

٢٧٩١٥ – قلنا : المراد به المسلم في دار الإسلام بدلالة أنه قال في الآية ﴿ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ ولم يذكر الدية .

٢٧٩١٦ – قالوا : يتعلق بقتله الكفارة فيتعلق به الدية كمن قتل في دار الإسلام .

٢٧٩١٧ – قلنا : يبطل بقاتل عبده تجب عليه الكفارة ولا تجب دية والمعنى في المقيم في دارنا أنه أحرز دمه بعد إباحته فتقوم كالحشيش والماء ، ومتى أقام في دار الحرب لم يحرزه بعد إباحته فصار كالحشيش إذا كان في منبته .

٢٧٩١٨ – قالوا : مسلم محظور الدم فوجب بقتله الضمان كسائر المسلمين .

٢٧٩١٩ – قلنا : إن كان الأصل المسلم الذي أحرز دمه بدارنا فهو مباح أحرزه تقوم على متلفه وفي مسألتنا مباح لم يحرزه فلم يتقوم على متلفه .

* * *

(١) ساقطة من : (ص) .

(٢) سورة النساء : الآية رقم ٩٢.



[قتل التاجر في دار الحرب]

٢٧٩٢٠ - قال أصحابنا : إذا قتل التاجر في دار الحرب فعلى قاتله الدية والكفارة إن كان خطأ [١] .

٢٧٩٢١ - وقال الشافعي : إن كان عالما به فكذلك وإن كان جاهلًا فعليه الكفارة ولا دية [٢] .

٢٧٩٢٢ - لنا : قوله ﷺ : « في النفس مائة من الإبل » [٣] ولأنه ضمان متلف فلا يختلف بالعلم والجهل أصله : سائر المتلفات .

٢٧٩٢٣ - ولأن دخوله دار الحرب لا يؤثر في تقويم ماله كذلك تقويم دمه ولأن دمه متقوم في دار الإسلام ولم يوجد منه ما يوجب إباحة الدم فلم يسقط التقويم .

٢٧٩٢٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ [٤] .

٢٧٩٢٥ - قلنا : من دخل إليهم تاجرا لا نقول أنه منهم وإنما هو من أهل دار الإسلام وإنما يكون منهم إذا كان من أهل دارهم في الأصل ولم ينتقل منها . قالوا : قتل في دار الحرب من غير علم بحال المقتول فصار كمن أسلم هناك .

٢٧٩٢٦ - قلنا : المعنى فيه أنه لم يحرز دمه بدارنا والمباحات متى لم يحصل فيها حيازة لم تتقوم على ما قدمناه ولأن المتلفات يستوي فيها العلم والجهل بحال المتلف فلم يصح التفريق بينهما .

• • •

---

(١) انظر: الهداية مع العناية (٢١/٦) وعبارته : وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمدًا أو خطأ ، فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ .

(٢) انظر : الأم (٣٨/٦) وعبارته : وهكذا كل من قتله وهو يعلمه مسلمًا منهم أو أسيرًا فيهم أو مستأمنًا عندهم لتجارة أو رسالة أو غير ذلك ، فعليه في العمد القود ، وفي الخطأ الكفارة ، وعلى عاقلته الدية .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) سورة النساء : الآية رقم ٩٢.



[ترتيب كفارة القتل]

٢٧٩٢٧ - قال أصحابنا : كفارة القتل تجب مرتبة من جنسين العتق والصوم ولا إطعام فيها [١] .

٢٧٩٢٨ - وقال الشافعي : في أحد قوليه يجب الإطعام إذا لم يقدر على الصوم [٢] .

٢٧٩٢٩ - لنا : أن الله تعالى ذكر القتل وأوجب الصوم والعتق ولم يوجب الإطعام فإيجابه زيادة في النص وذلك عندنا نسخ لا يثبت إلا بما يجوز نسخ القرآن به .

٢٧٩٣٠ - ولأن الله تعالى ذكر في كفارة القتل نوعين وفي كفارة الظهار ثلاثة أنواع وقياس المنصوص على المنصوص لا يصح لأنه يستغني بدخوله تحت النص عن القياس .

٢٧٩٣١ - ولأنها كفارة مجمع على وجوبها تتعلق بسبب يشترك فيه الرجل والمرأة فلا يكون الصوم فيها بدلا ككفارة اليمين . ولا يلزم كفارة رمضان لأنها مختلف فيها ولا كفارة الظهار لأن سببها يختص الرجل .

٢٧٩٣٢ - احتجوا : بأن الله تعالى جعل الإطعام عن الصوم في كفارة الظهار وأطلقه في كفارة القتل فيجب حمل المطلق على المقيد .

٢٧٩٣٣ - قلنا : من أصلنا أن المطلق يحمل على إطلاقه والمقيد على تقييده كما أن الله تعالى ذكر الكسوة في كفارة اليمين وأطلقها في الظهار والقتل ثم لم تثبت الكسوة في الكفارتين حمل المطلق على المقيد كذلك هذا .

٢٧٩٣٤ - قالوا ما ثبت في كفارة الظهار يثبت في كفارة القتل كالصوم .

٢٧٩٣٥ - قلنا : ثبوت الشيء في كفارة لا يدل على ثبوته في أخرى كما أن الكسوة تثبت في كفارة اليمين ولا تثبت في غيرها من الكفارات .

٢٧٩٣٦ - ولأن المعنى في الصوم أنه يحي [٣] به كفارة اليمين فلم يثبت بدلا في كفارة القتل كالكسوة .

---

(١) انظر: كنز الدقائق مع البحر (١١٠/٤) وعبارته: إلا كفارة القتل فإنه لا إطعام بعد الصوم .

(٢) انظر: أسنى المطالب (٣٧٠/٣) وعبارته : فله العدول إلى الإطعام لعجزه الآن عن الصوم .

(٣) غير واضحة في (ص) .

٢٧٩٣٧ - قالوا : كفارة فيها صوم شهرين متتابعين فيثبت فيها الإطعام ككفارة الظهار .

٢٧٩٣٨ - قلنا : هذا قياس منصوص [على منصوص] [١] وذلك لا يجوز عندنا .

٢٧٩٣٩ - ولأن سبب هذه الكفارة أغلظ من سبب كفارة الظهار [فجاز أن يتغلظ بإسقاط الإطعام .

٢٧٩٤٠ - ولأن كفارة الظهار] [٢] يجوز أن يسقطها عن نفسه بعد دخول سببها بأن يطلق فجاز أن يخفف حكمها وهذه الكفارة لا يملك إسقاطها بعد وجوب سببها فلما تغلظ قدرها جاز أن تتغلظ أنواعها .

* * *

(١) ما بين المعكوفين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٢) ما بين المعكوفين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .



[كفارة قتل العمد]

٢٧٩٤١ - قال أصحابنا : قتل العمد لا كفارة فيه [١] .

٢٧٩٤٢ - وقال الشافعي : فيه الكفارة [٢] .

٢٧٩٤٣ - لنا : قوله تعالى ﴿ وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا ﴾ [٣] فذكر قتل العمد والوعيد ولم يذكر الكفارة ولو كانت واجبة لبينها .

٢٧٩٤٤ - فإن قيل : سكت عنها لأنه ذكرها في قتل الخطأ ونبه بذلك على قتل العمد .

٢٧٩٤٥ - قلنا : ذكر الله تعالى ثلاثة أنواع من قتل الخطأ وأعاد الكفارة في كل نوع منها فإذا لم يقتصر على التنبيه في الخطأ وإيقاعه فأولى أن لا يقتصر على التنبيه في غير نوعه وهو العمد ولأنه معنى يجب به القتل فلا تجب به كفارة أصله الردة وزنا المحصن .

٢٧٩٤٦ - فإن قيل لا تأثير للوصف لأن الردة لا توجب القتل وهي ردة المرأة والزنا الذي لا يوجب القتل وهو زنا غير المحصن لا يوجب الكفارة .

٢٧٩٤٧ - قلنا : ليس يمتنع أن يكون القتل ينافي الكفارة فإذا لم يتعلق بالسبب القتل والتعليل تارة تجب الكفارة وتارة لا تجب فلا يبطل ذلك تأثير العلة عند تعلق القتل بالسبب وهذا يستوي فيه العقلية والشرعية لأن الظلم قبيح لأنه ظلم والكذب قبيح وليس بظلم .

٢٧٩٤٨ - قالوا : نعكس هذه العلة فنقول فوجب أن يكون حكم ما يوجب القتل وما لا يوجبه سواء .

٢٧٩٤٩ - قلنا : كيف يصح أن يقال معنى يجب به القتل وما لا يجب سواء فاستوى ما يوجب القتال وما لا يوجب في الكفارة ؟ وكيف يصح هذا في الفرع وعما لا يستويان باتفاق القتل بحق لا يوجب القتل ولا الكفارة ؟

٢٧٩٥٠ - فإن قيل : وجب أن يكون حمن عمده وخطأه سواء [لما لم يصح] [٤] ،

---

(١) انظر : فتح القدير (٢٣/٦) وعبارته : وخص الخطأ بالكفارة لأنه لا كفارة في العمد عندنا .

(٢) مختصر المزني مع الأم (٣٦٢/٨) وعبارته : وإذا وجبت عليه كفارة القتل في الخطأ وفي قتل المؤمن في دار الحرب كانت الكفارة في العمد أولى .

(٣) سورة النساء : الآية رقم ٩٣.

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

ولأنه تعليل بحكم المجهول فلا يقابل علة قد صرح بحكمها .

٢٧٩٥١ - قالوا : المعنى في الأصل أنه ليس بقتل فلم يتعلق به كفارة القتل وفي مسألتنا قتل آدمي مضمون فأوجب كفارة القتل .

٢٧٩٥٢ - ولنا : الظاهر ليس بقتل وتتعلق به كفارة القتل .

٢٧٩٥٣ - ولأنا عللنا بنفي الكفارة مطلقة وعللوا لنفي كفارة القتل والعلة المطلقة أولى من الخاصة .

٢٧٩٥٤ - ولأن الكفارة بالعتق مال يجب بقتل الخطأ فلا يجمع مع القود أصله الدية .

٢٧٩٥٥ - فإن قيل : عندنا قتل العمد يوجب القصاص والدية .

٢٧٩٥٦ - قلنا : لا يجتمعان في الوجوب وإنما الواجب عند أحد الأمرين .

٢٧٩٥٧ - قالوا : الدية والقصاص كل واحد منهما بدل عن النفس فلا يجب بدلاً عن مبدل واحد والكفارة ليست ببدل وإنما هي حق اللّٰه تعالى فيجوز أن يجتمع مع البدل .

٢٧٩٥٨ - قلنا : علة الأصل تبطل بمن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدًا وجب عليه القود والدية وهما بدلًا عن النفس فلا يجب أحدهما لتفويت [1] عامة المنفعة والآخر لإتلاف الروح .

٢٧٩٥٩ - ولأنه إتلاف رقبة فلا يجب فيه إتلاف رقبتين في حق واحد أصله قتل الخطأ .

٢٧٩٦٠ - ولأن الكفارة تجب مع الشبهة ؛ بدلالة وجوبها في قتل الخطأ والقصاص معنى يسقط مع الشبهة فلا تجب إيجابها بسبب واحد كالحد والمهر في الزانية المطاوعة .

٢٧٩٦١ - ولا يلزم إذا وطئ امرأة بشبهة في رمضان أنه يلزم المهر والكفارة لأن المهر يجب بالوطء والكفارة لهتك حرمة الشهر .

٢٧٩٦٢ - ولا يلزم إذا شرب خمر الذمي أن عليه الحد والضمان ؛لأن الضمان يجب بحصول الخمر في فيه [2] لأن ذلك استهلاك لها والحد يجب بوصولها إلى جوفه وهما سببان [3] مختلفان .

٢٧٩٦٣ - ولأن كل حكم يجب بالقتل لا يسع [4] فيه جميع أنواعه ، أصله القصاص ولا يلزم حرمان الميراث لا تسع [5] في كل أنواع القتل لأن القتل سبب عندنا يتعلق به

---

(١) في (م) ، (ع) : [لتقريب] . (٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٤ ، ٥) غير واضحة في (ص) .

حرمان الميراث .

٢٧٩٦٤ - احتجوا : بما روى واثلة بن الأسقع . قال أتينا رسول الله ﷺ في صاحب لنا أوجب النار بالقتل فقال : « أعتقوا عنه رقبة يعتق الله كل عضو بكل عضو منه من النار » [١] .

٢٧٩٦٥ - قلنا : روى واثلة بن الأسقع أن نفرًا من بني سليم أتوا النبي ﷺ في صاحب لهم أوجب فقال : « مروه فليعتق رقبة » .

٢٧٩٦٦ - ولم يذكر المعنى الذي أوجب به فيجوز أن يكون قتلًا ويجوز أن يكون غيره وأنه أمره بالعتق استحسانًا لجواز أن يتقبل [الله تعالى ذلك ليغفر له] [٢] . والذي يبين ذلك أنه [٣] لم يبين صفة الرقبة المعتقة ولم يقل : إن كان من الصوم فمروه بالصوم . يدل على أن لم يأمره بذلك على وجه الكفارة .

٢٧٩٦٧ - ولأن القتل يجوز أن يكون شبه عمد فأوجب النار به ووجب عليه الكفارة .

٢٧٩٦٨ - فإن قيل : لو كان الحكم يختلف لبين [٤] .

٢٧٩٦٩ - قلنا : يجوز أن يكون قتلًا مشهورًا عرفه ﷺ ، ولأنه خبره أنه ﷺ أمر السائلين أن يعتقوا لم يوجب العتق عليه فما أوجبه ﷺ لا يجب عند مخالفنا . وما يوجبه لم يوجبه النبي ﷺ فسقط الاحتجاج بالخبر .

٢٧٩٧٠ - ولا يجوز أن يقال [يجوز أن يكون] [٥] قد مات فأوجب العتق على ورثته لأنه لو كان كذلك سأل عنه ولا يوجب عليهم أن أخبروه ، وأنه ترك مالًا فلما لم يسأل عنه أمره بذلك فلم يأمر الوارث أن يتبرع عن الميت فيما يرجو أن يتقبل منهم .

٢٧٩٧١ - قالوا : روى عن عمر أنه سأل النبي ﷺ فقال [٦] : « إني وأدتُ في الجاهلية فقال ﷺ أعتق لكل موءودة رقبة » [٧] .

---

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه (١٠/١٤٥) برقم (٤٣٠٧) .
(٢) أخرجه ابن حبان في صحيحه (١٠/١٤٥) برقم (٤٣٠٧) .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، ومستدرك في الهامش .
(٤) في (م) ، (ع) [يقبل] .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، ومستدرك في الهامش .
(٦) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .
(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٨/١١٦) برقم (١٦٢٠٢) .

٢٧٩٧٢ - قلنا : هذا شبه عمد لأنهم كانوا يدفنوها [1] وشبه العمد تتعلق به الكفارة ولا هذا كان منه في الجاهلية فلا يجب عليه بعد الإسلام فعلم أنه كان استحسانًا .

٢٧٩٧٣ - قالوا : آدمي مضمون فوجب أن تتعلق به الكفارة كالخطأ وجبت فيه الكفارة لأنه مضمون لأن الله تعالى نص على الكفارة في قتل يوجب الضمان وهو قوله تعالى ﴿ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ [2] .

٢٧٩٧٤ - ولا نسلم في الفرع أنه مضمون لأن الواجب القصاص ودم الإنسان لا يكون بمضمون عليه ولهذا لو قتل أو مات سقط حق المقتول ولم ينتقل إلى بدل عندنا .

٢٧٩٧٥ - والمعنى في الخطأ أنه [3] لم يتعلق به إتلاف رقبة بالقتل فجاز أن يتعلق به إتلاف رقبة بالعتق ولا تعلق بقتل العمد إتلاف رقبة لم يتعلق بالعتق .

٢٧٩٧٦ - قالوا : قتل [4] يتعلق به حرمان الميراث كالخطأ .

٢٧٩٧٧ - قلنا : حرمان الميراث ثبت ؛ لأن القاتل استعجل ما أخر الله بفعل محظور [فكل من] [5] [جاز أن يكون قصد القتل حرمانه الميراث كحافر البئر لأنه لا] [6] يجوز أن يكون قصد القتل والكفارة وضعت لتغطية المأثم فقد نص الله تعالى عليها في الخطأ الذي يجوز أن يقع المأثم فيه بالتفريط في شبه العمد ولا نعلم أنها تغطي المأثم العمد لزيادته فلم يجز إيجابها ونحن لا نعلم وجود المعنى المقصود بها .

٢٧٩٧٨ - قالوا : قتل يتعلق به كفارة فاستوى العمد والخطأ أصله قتل الصيد .

٢٧٩٧٩ - وربما قالوا : كل قتل لو حصل خطأ [7] تعلقت بها الكفارة ، وإذا حصل عمدًا تعلقت به الكفارة أصله قتل الصيد .

٢٧٩٨٠ - قلنا : قتل الصيد إنما وجبت الكفارة بخطأه لأنها وجبت في عمده فتحصل المدلول [8] عليه والدليل على ذلك أن الله تعالى نص على كفارة الصيد في

---

(١) كذا في كافة الأصول .
(٢) سورة النساء : الآية رقم ٩٣.
(٣ ، ٤) ساقطة من صلب (ص) ومستدركة في الهامش .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وصلب (ص) ، واستدركت في الهامش .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .
(٧) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .
(٨) في (م) ، (ع) : [المعلول] .

العمد وسكت عن الخطأ فاتفقوا على وجوب الكافرة في العمد واختلفوا في الخطأ والأصل المنصوص عليه المتفق في حكمه والفرع هو المختلف فيه المسكوت عن ذكره .

٢٧٩٨١ - ولأن قتل الصيد لم يتعلق به معنى يسقط بالشبهة فلم ينافي [1] الكفارة وقد تعلق بقتل العمد ما يؤثر فيه الشبه [2] فنفى ذلك وجوب الكفارة .

٢٧٩٨٢ - قالوا : العامد في معنى الخاطئ لأنه أتلف النفس وحصل في قصده زيادة قصد فإذا وجب الكفارة في الخطأ فالعمد أولى .

٢٧٩٨٣ - قلنا : إذا كان الله تعالى نص عليها في الخطأ والمأثم لا يتعلق به ؛ دل على أن موضوعها ليس هو المأثم فلا يصح الاستدلال بطريق الأولى .

٢٧٩٨٤ - ولأنها إذا وجب [تعطيه يجز من] [3] المأثم والعمد إن [4] لم يعلمها أنها تعطي المأثم الزائد عليه فلم يجز إيجابها .

٢٧٩٨٥ - ولأن العمد تعلق به نوع تغليظ فجاز أن يتغلظ بالكفارة .

• • •

(١) كذا في (ص) ، (ع) ، وفي (م) لعلها : [ينافر] .

(٢) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفين غير واضح في (ص) .

(٤) لعلها في (ص) : [الم] .

[كفارة قتل الصبي والمجنون]

٢٧٩٨٦ - قال أصحابنا : الصبي والمجنون إذا قتلا فلا كفارة عليهما [١] .

٢٧٩٨٧ - وقال الشافعي : عليهما الكفارة [٢] .

٢٧٩٨٨ - لنا : قوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاثة : الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق » [٣] . وهذا نفي وجوب الشرعيات عليه ولا يقال : إنا نوجب الكفارة في ماله ولا نوجبها في ذمته لأن محل الكفارات الذمة فمن زعم أن هاهنا كفارة تجب في المال فقد ادعى ما لا يعلم ثبوته .

٢٧٩٨٩ - فإن قيل : قد ذكر في الخبر النائم والكفارة تجب عليه ؛ لأنه لو [٤] انقلب في حال نومه فقتل إنسانًا وجبت الكفارة عليه .

٢٧٩٩٠ - قلنا : لا نوجبها في حال نومه وإنما نوجبها بعد ما استيقظ ؛ ولأن الخبر دل على سقوط الكفارة في حق الجميع وقامت الدلالة في النائم فتركنا الظاهر للدليل وما سواه على مقتضى الظاهر .

٢٧٩٩١ - ولأن الكفارة موضوعة لتغطية المأثم والصبي لا ذنب له فلا تجب الكفارة في حقه .

٢٧٩٩٢ - ولا يلزم الخاطئ لأن الذنب متصور في حقه بأن يعتمد في الباطن أو يفرط في السبب ولأنه لا يلزمه بأن يعتمد في الباطن أو يفرد في السبب .

٢٧٩٩٣ - ولأنه لا يلزمه التكفير بالصوم .

٢٧٩٩٤ - ولأنه من [أهله [٥] فلم يلزمه التكفير بالعتق لأن كل واحد منهما ادعى أحد نوعي التكفير .

---

(١) انظر : المبسوط.(٧/٢٧) وعبارته : الكفارة وحرمان الميراث لا يثبت في حق الصغير والمجنون بالقتل.

(٢) انظر : تحفة المحتاج (٤٦/٩) وعبارته : وإن كان القاتل المذكور صبيًا أو مجنونًا ؛ لأن غاية فعلهما أنه خطأ وهي تجب فيه .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٦٩/٤) برقم ٨٠٩١ .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥) غير واضحة في (ص) .

٢٧٩٩٥ - ولأنه] (١) معنى جمع (٢) كفارة فلا تجب على الصبي ككفارة اليمين والظهار .

٢٧٩٩٦ - فإن قيل : هناك شبه (٣) من الصبي وسبب هذه الكفارة القتل وهو موجود .

٢٧٩٩٧ - قلنا : إذا أردتم السبب من طريق الصورة موجودة فكذلك نقوله في كفارة الظهار واليمين [لأن صورة الظهار واليمين] (٤) توجد منه وإن قلتم أن لسبب لا يوجد من طريق المعنى .

٢٧٩٩٨ - وقلنا مثل ذلك في مسألتنا لأن القتل يوجب للكفارة ولا توجد منه وليس سبب الكفارة عندنا موجود للقتل حتى يكون بصفة مخصوصة وتلك الصفة لا نسلم وجودها من قبل الصبي .

٢٧٩٩٩ - ولأنه حق وجب على وجه التكفير فلا يثبت في حق الصبي كالحد والدليل على الوصف قوله ﷺ : « الحدود كفارة لأهلها » (٥) .

٢٨٠٠٠ - فإن قيل : الحد في حقوق الأبدان والكفارة في حقوق الأموال .

٢٨٠٠١ - قلنا : يجوز أن يلزم الصبي حقوق الأبدان كما يجب على الصغيرة العدة والإحداد وعندهم وحقوق الأموال قد (٦) لا يثبت في حق الصبي بدلالة كفارة الظهار واليمن وبعقد الحج إذا كان مغصوبًا .

٢٨٠٠٢ - ولأن الكفارة عبادة شرعية لا يتحملها الإنسان عن غيره فلم تجب على الصبي كالصلاة والصيام .

٢٨٠٠٣ - فإن قيل : عندنا يقع التحمل في الكفارة ؛ لأن الإمام إذا حكم بالقتل شهادة بالدية في بيت المال والكفارة في بيت المال على أحد القولين .

٢٨٠٠٤ - قلنا : نحن ذكرنا أن الإنسان لا يتحملها عن غيره وهذا غير مسلم .

٢٨٠٠٥ - ولها يلزم العشر لأنه ليس بعبادة عندنا .

٢٨٠٠٦ - ولأنه لا يجب على الصبي وإنما ينعقد لحب (٧) مشتركًا بينه وبين المساكين .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٢) لعلها في (ص) : [مع] .

(٣) غير واضحة في (ص) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٢٩/٨) برقم ١٧٣٧٣ .

(٦) ساقط من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٧) لعلها في (ص) : [الحق] .

٢٨٠٠٧ - ولأنه معنى يتعلق بالقتل لا يتحمله الإنسان [عن غيره فلا يجب على الصبي كالقود .

٢٨٠٠٨ - ولا يلزم الدية ؛ لأن العاقلة تتحملها عن القاتل] (١) .

٢٨٠٠٩ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ (٢) وهذا عام .

٢٨٠١٠ - قلنا : قال في أول الآية : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَئًا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ .

٢٨٠١١ - وقوله : ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا ﴾ . عطف على ذلك وحكم العطف في الخصوص حكم المعطوف عليه فاقتضى ذلك وجوب الكفارة إذا كان القاتل مؤمنًا والصبي لا يتناوله إثم المؤمن على الإطلاق .

٢٨٠١٢ - ولأنه ابتدأ الآية بالنهي عن القتل والصبي لا يتناوله النهي .

٢٨٠١٣ - قالوا : قتل آدمي مضمون موجب أن يتعلق به وجوب الكفارة أصله قتل البالغ .

٢٨٠١٤ - قلنا : وجوب ضمان القتل حق الآدمي والكفارة من حقوق الله تعالى فلا يستدل بوجوب أحدهما على ثبوت الآخر .

٢٨٠١٥ - ولأن قتل البالغ لما جاز أن تتعلق به الكفارة بالصوم جاز أن يتعلق بقتله التكفير بالعتق ، ولما كان قتل الصبي لا يجوز أن يتعلق به أحد النوعين من التكفير ثم يتعلق به الآخر .

٢٨٠١٦ - قالوا : من لزمته الدية بالقتل لزمته الكفارة أصله البالغ .

٢٨٠١٧ - قلنا : الصبي لا تجب عليه الدية بقتله ؛ لأنه لا عمد له عندنا وقتله يوجب الدية على عاقلته . والمعنى في البالغ أنه يجوز أن تلزمه كفارة القتل .

٢٨٠١٨ - قالوا : حق مال يتعلق بالقتل فوجب أن يستوي فيه الصغير والكبير والعاقل والمجنون كالدية .

٢٨٠١٩ - قلنا : تساوي الصغير والكبير في وجوب الدية لا يدل على تساويهما في

---

(١) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٢) سورة النساء : رقم ٩٢ .

الكفارة التي هي عبادة كما لا يدل على تساويهما في وجوب الصلاة . والمعنى في الكبير أنه يجوز أن يتعلق إتلاف رقبة بالقصاص فجاز أن يتعلق به إتلاف رقبة بالعتق .

٢٨٠٢٠ - قالوا : وجوب الكفارة من وجوب الدية بدلالة من قتل عبده لزمته الكفارة دون الدية ومن قتل مسلمًا في دار الحرب وجبت عليه الكفارة دون الدية ، ومن أذن لرجل في قتله فقتله ، فعليه الكفارة دون الدية . فإذا وجبت الدية في مسألتنا فالكفارة أولى بالوجوب .

٢٨٠٢١ - قلنا : إنما لم يجب في قتل عبده الدية لأنها تجب له فمستحيل [1] أن تجب له على نفسه والكفارة تجب لله تعالى . فيجوز أن تجب عليه وهذا الفرق ليس تأكيد أحدهما على الآخر .

٢٨٠٢٢ - وكذلك إذا أذن في قتله فقد سقط الضمان الواجب له فسقط بإسقاطه والكفارة لا تجب للمقتول فلم تسقط بإسقاطه وهذا لا يعود إلى التأكيد .

٢٨٠٢٣ - وأما المسلم في دار الحرب فلم يحرز دمه بدار الإسلام فمنع ذلك من تقويمه ولم يمنع المأثم فيه فوجبت الكفارة للمأثم .

٢٨٠٢٤ - ثم قد تجب الدية ولا تجب الكفارة بدلالة أن حفر البئر عندنا يضمن بالدية دون الكفارة وإن حكم الإمام بالرجم بشهادة عبد فالدية في بيت المال . ولا كفارة وإذا دخل في العمد شبهة وجبت الدية دون الكفارة عندنا .

٢٨٠٢٥ - ولأن هذا الاستدلال لا يصح لو أن تسقط [2] عنه الكفارة يعني يعود إليها فيستدل بتأكيد وجوبها على لزومها فأما إذا كنا نسقطها لمعنى فيه لم [يجز أن] [3] يستدل بتأكيد وجوبها على لزومها .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [فيستحق] .
(٢) غير واضحة في (ص) .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

مسألة ١٣٨٥

[كفارة الكافر إذا قتل]

٢٨٠٢٦ - قال أصحابنا : الكافر إذا قتل لم تجب عليه الكفارة [١] .

٢٨٠٢٧ - قال الشافعي : عليه الكفارة [٢] .

٢٨٠٢٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ [٣] وحكم العطف على المعطوف عليه أنه يقتضي [٤] شرط الإيمان في وجوب الكفارة فلم يجز إيجابها مع فقد شرط .

٢٨٠٢٩ - ولأن الكفارة عبادة من شرطها النية فلا تجتمع مع الكفر أصله الصوم والصلاة .

٢٨٠٣٠ - ولأن الكفارة موضوعة [٥] لتغطية المأثم ودفع الريب وهذا المعنى لا يوجد مع الكفر وإذا لم يوجد معناه لم يجز إيجابها .

٢٨٠٣١ - فإن قيل : لا يمنع أن تجب في حق الكافر عقوبة وإن وجب في حق المسلم لتكفير كما يجب عليه عقوبة وإن كان تكفيرًا في حق المسلم .

٢٨٠٣٢ - قلنا : الحدود موضوعها للعقوبة وقد يحصل في التكفير وليس هو المقصود بها لتعذر ما ليس بمقصود في حق الكافر لا يمنع وجوبها إذا وجد المعنى الذي وضعنا لأجله فأما الكفارة فلم توضع للعقوبة وإنما وضعت للتكفير ، فإذا تعذر معناها لم يجز إيجابها ولو جاز إيجابها بغير المعنى الذي وضعت له جاز أن يجب عليه الزكاة على طريق العقوبة وإن كان وجوبها في حق المسلم للتطهير .

٢٨٠٣٣ - ولأنه لا يصح منه التكفير بالصوم ، فلا يصح منه التكفير بالعتق ؛ ولأن كل واحد منهما أحد نوعي التكفير ولأنه معنى وضع لتغطية المأثم فلا تجتمع مع الكفر كالتوبة ولأنها كفارة فيها صوم شهرين متتابعين فلا يثبت وجوبها في

---

(١) انظر : البحر الرائق (٣٠/٣) وعبارته : وشرائط وجوب الكفارة الإسلام ؛ فلا تجب على كافر .

(٢) انظر : نهاية المحتاج (٣٨٦/٧) وعبارته : وذميًا قتل معصومًا مسلمًا أو غيره نقض العهد أولًا ومعاهدًا ومؤمنًا ويتصور إعتاق الكافر للمسلم بأن يرثه أو يستدعي عتقه ببيع ضمني .

(٣) سورة النساء : الآية ٩٢ .

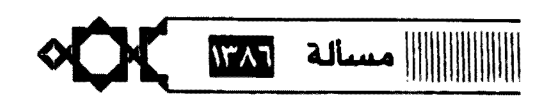
(٤) في (م) ، (ع) [افتقر] .

(٥) في (م) ، (ع) [موضعين] .

حق كافر أصله رمضان .

٢٨٠٣٤ - احتجوا : بأنه مال يتعلق وجوبه بالقتل كالدية أو نفس مضمونة فيتعلق بها الكفارة كالقاتل المسلم وقد أجبنا عن هذا في المسألة المتقدمة .

* * *



مسألة ١٣٨٦

[كفارة حافر البئر في الطريق]

٢٨٠٣٥ - قال أصحابنا : حافر البئر في الطريق والقائد والسائق لا كفارة عليهم [١] .

٢٨٠٣٦ - قال الشافعي : عليهم الكفارة [٢] .

٢٨٠٣٧ - لنا : أنه ليس بقاتل بدلالة أنه لم يوقع فعلًا في المقتول ولها فيما اتصل به .

٢٨٠٣٨ - ولأن لو فعل السبب في ملكه لم يضمن .

٢٨٠٣٩ - ولو كان قاتلًا [استوى أن يوجد الفعل في ملكه أو في غير ملكه كالزاني .

٢٨٠٤٠ - لأنه لو كان قاتلًا] [٣] لوجب في شيء من [٤] نوعه القصاص فلما لم نوجب القصاص بوجه من الوجوه دل على أنه ليس بقتل .

٢٨٠٤١ - فإن قيل : الواقع في البئر مقتول ولهذا يضمن الدية ويستحيل أن يكون مقتولًا ليس له [٥] قاتل . ولا قاتل إلا الحافر الضامن [٦] بجنايته .

٢٨٠٤٢ - قلنا : إذا تيقنا أن يكون الحافر قاتلًا لم نقل أن الواقع في البئر مقتول بل نقول : هالك وميت ، وتالف وليس بمقتول ولا الحافر قاتلًا .

٢٨٠٤٣ - فإن قيل : الحافر يجب عليه الضمان والحر لها يضمن إلا بالقتل .

٢٨٠٤٤ - قلنا : الحر يضمن بالجناية وهذه عندنا جناية وليست بقتل وقد تكون الجناية مضمونة ليست جانيهما قاتلًا كالجناية فيما دون النفس وكالشهود إذا شهدوا بباطل وإذا ثبت أنه ليس بقاتل والله تعالى أوجب هذه الكفارة على القاتل فلم يجز إيجابها على غيره .

---

(١) انظر : الجوهرة النيرة (١٤٦/٢) ، وبدائع الصنائع (٢٧٣/٧) وعبارة الأول : ولا كفارة على حافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه . وجاء في البدائع : ولا كفارة على السائق والقائد .

(٢) انظر : روض الطالب مع أسنى المطالب (٩٦/٤) وعبارته : الكفارة تلزم من سوى الحربي مميزًا كان أم لا ، بقتل كل آدمي معصوم من مسلم ولو في دار الحرب وذمي مستأمن وجنين وعبد ونفسه ، عمدًا أو خطأً أو شبه عمد ، مباشرة أو تسببًا .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٤ ، ٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [أيضًا] .

٢٨٠٤٥ - ولأن كل فعل لو حصل في ملكه لم يوجب الكفارة إذا حصل في غير ملكه لم يوجبها . أصله : الإمساك .

٢٨٠٤٦ - ولأنه لم يباشر قتل النفس فلم تجب عليه الكفارة كالعاقلة .

٢٨٠٤٧ - احتجوا : بأنه فعل يضمن به نفس الحر فوجب أن يضمن بالكفارة كالمباشرة .

٢٨٠٤٨ - قلنا : يجوز أن يضمن النفس بسبب لا تجب به الكفارة كالنصر في العاقلة والمعنى في المباشرة أنها لو حصلت في ملكه وجبت الكفارة بها كذلك في غير ملكه .

٢٨٠٤٩ - قالوا : كفارة تجب بمباشرة القتل فجاز أن تجب بسبب القتل ككفارة الصيد .

٢٨٠٥٠ - قلنا : كفارة الصيد تجوز أن تجب بغير القتل بدلالة أنه لو أمسكه حتى مات في يده ضمنه فلهذا ضمنت بالسبب وأما كفارة الآدمي فلا تتعلق بغير القتل فلم يجز إيجابها بالسبب .

٢٨٠٥١ - ولأن سبب تلف الصيد أن يوجد في ملكه فيجب الضمان وهو أن يضع له شبكة فلذلك يضمن بغير مباشرة [والآدمي لو جعل سبب إتلافه في ملكه وهو أن يحفر له بئرًا لم يضمن] [1] . فلذلك لم تجب الكفارة بالسبب .

* * *

(1) ما بين المعكوفين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

مسألة ١٣٨٧

[كفارة ضرب الرجل الملفوف في كساء]

٢٨٠٥٢ – قال أصحابنا : إذا ضرب الرجل رجلًا ملفوفًا في كساء أو ثوب فقطعه نصفين [١] . وزعم الضارب أنه كان ميتًا فقال وليه بل كان حيًا فقتلته بضربك فالقول قول الجاني وعلى الولي البينة . ونص الشافعي : على مثل قولنا [٢] .

٢٨٠٥٣ – قال الربيع : فيها قول آخر : أن القول قول الولي مع يمنيه وعلى الضارب البينة .

٢٨٠٥٤ – لنا : قوله ﷺ : « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » [٣] والولي يدعى وجوب الضمان .

٢٨٠٥٥ – فإن قيل : فالضارب [٤] يدعي موت المضروب .

٢٨٠٥٦ – قلنا : المدعي من طلب بدعواه حقًّا والضارب لا يدعي حقًّا بقوله فلا يكون مدعيًا .

٢٨٠٥٧ – ولأنه اختلاف في صفة المجني عليه فالقول قول الجاني أصله الجناية على غير بني آدم .

٢٨٠٥٨ – ولأن الأصل براءة الذمة فيجب اصطحاب ذلك الأصل إلا أن يثبت ما يقتضي تعلقها .

٢٨٠٥٩ – ولأن الولي يدعي حقًّا على الضارب . والضارب يدعي معنى حادثًا وهو موته قبل ضربه فلا يقبل قوله كمن قتل مسلمًا وزعم أنه كان ارتد قبل ضربه .

٢٨٠٦٠ – قلنا : الأصل الجناية كما قبل زعمتم إلا أن هذا ظاهر ، والظاهر لا يستحق حقًّا على الغير ، وإنما تدفع به الدعوى فلم يجز إيجاب الضمان على الضارب بالظاهر .

٢٨٠٦١ – ولأن هذا الظاهر قد عارضه ظاهر آخر وهو أن الأصل براءة الذمة ،

---

(١) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٢) جاء في الأم وكذلك لو قالوا نشهد أنه ضربه وهو ملفف فقطعه باثنين أو جرحه هذا الجرح ولم يبينوا أنه كان حيًا حين ضربه لم أجعله قاتلًا ولا جارحًا حتى يقول ضربه فالقول قول الجاني مع يمينه إذا لم تقم بينة . قال الربيع : وللشافعي فيه قول ثان يشبه هذا أن الملفوف عليهم على الحياة حتى يعمل أو تقوم بينة أنهم ماتوا قبل أن يهدم البيت . انظر : الأم للشافعي (٢١/٦) .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

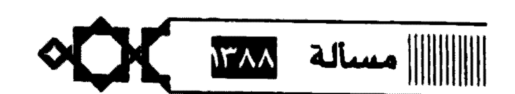
تقابل أحد الظاهرين الآخر ومنقطعًا [1] .

٢٨٠٦٢ - وأما القاتل فقد تيقن أنه قاتل والشك يتعلق به الضمان . فإذا ادعى ما يوجب سقوط الضمان بعد ثبوته لم يقبل قوله .

٢٨٠٦٣ - وفي مسألتنا الاختلاف وقع قبل أو لم يقبل فلا يجوز إيجاب الضمان عليه بالظاهر .

* * *

(١) لعلها في (ص) : [وتقطعا] .



[حقيقة السحر]

٢٨٠٦٤ - قال أصحابنا : السحر لا حقيقة له وإنما يقدر الساحر على تصوير الباطل بغير صورته كالحيل الذي تخفى على الناس كما حكى الله تعالى على سحرة فرعون فقال : ﴿ يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِن سِحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسْعَىٰ ﴾ (1) أو تدب بالنميمة بين الناس [فيقبل ذلك الغير] (2) ، أو توصل إلى المسحور من الأدوية ما يخيل به عقله فإما أن يفعل فعلاً [في] (3) محل قدرته حتى يمرض ويغير صورة الحيوان ويبطل الاختيار فيحبب إلى الإنسان فمن لا يؤثر محبته ويبعد عنه من يؤثر قربه ، فلا قدرة له على ذلك (4) .

٢٨٠٦٥ - وقال عامة أصحاب الشافعي : السحر حقيقة ولم يفصلوا بين ما يريدونه بالسحر (5) .

٢٨٠٦٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَلَا يُفْلِحُ ٱلسَّاحِرُ حَيْثُ أَتَىٰ ﴾ (6) . وهذا يقتضي أن مقاصدهم باطلة وأفعالهم غير صائبة .

٢٨٠٦٧ - ولأن ما تدعيه السحرة ولو صحب القدرة عليه من المشي فوق الماء والطيران من بلد إلى بلد . وجعل الإنسان بصورة بهيمة ككل معجزات الأنبياء فلو صح السحر لم يؤمن أن تكون معجزات الأنبياء إنما فعلوها بالسحر كما زعمت اليهود وأن عيسى منع بقلهم أن قلب الأرض فجرى الماء بخلاف حريته ، وأنه أحيا الموتى وأن الله ﷻ كلفها جهاد العدو [والمحاصرة بالتعويز] (7) .

٢٨٠٦٨ - أمرنا بتعلمه لنكفي أعداءنا ونهلكهم من غير خطر علينا ولا ضرر .

٢٨٠٦٩ - فأما قوله تعالى : ﴿ وَٱتَّبَعُوا۟ مَا تَتْلُوا۟ ٱلشَّيَـٰطِينُ عَلَىٰ مُلْكِ سُلَيْمَـٰنَ ﴾ إلى قوله

---

(1) سورة طه : الآية ٦٦ .
(2) غير واضحة في (ص) .
(3) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .
(4) انظر : أحكام القرآن (٦٣/١) وعبارته : ولذلك صار عند الإطلاق إنما يتناول كل أمر مموه قُصد به الخديعة والتلبيس وإظهار ما لا حقيقة له ولا ثبات .
(5) انظر : مغني المحتاج (٣٩٥/٥) وعبارته : واختلفوا فيه هل هو تخيل أم حقيقة ؟ قال بالأول المعتزلة واستدلوا بقوله تعالى : ﴿ يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِن سِحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسْعَىٰ ﴾ . وقال بالثاني أهل السنة ويدل لذلك الكتاب والسنة .
(6) سورة طه : الآية ٦٩ .
(7) ما بين المعكوفين غير واضح في (ص) .

﴿ يُعَلِّمُونَ ٱلنَّاسَ ٱلسِّحْرَ ﴾ (١) . وهذا يدل على وجود سحر ونحن لا نمنع ذلك على الوجه الذي قدمناه وإنما نمنع السحر على بعض الوجوه فلا دلالة في الآية .

٢٨٠٧٠ - فأما قوله تعالى ﴿ فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِۦ بَيْنَ ٱلْمَرْءِ وَزَوْجِهِۦ ﴾ (٢) فكذلك نقول أنه يفرقون بالنميمة والحيل وإنما يمنع أن نقول يفعل فعلًا لا يتصل بهما فيفارقهما .

٢٨٠٧١ - قالوا : روى أن لبيد بن أعصم اليهودي سحر النبي ﷺ في جُفٌ طلعة ومشط ومشاط وجعل ذلك في بئر . فمرض النبي ﷺ حتى أخبر جبريل فأخرج ذلك من البئر (٣) .

٢٨٠٧٢ - قلنا : هذا خبر يرده القرآن . قال تعالى ﴿ وَٱللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ ٱلنَّاسِ ﴾ (٤) فكيف لا يعصمهم من سحر لبيد !

٢٨٠٧٣ - وقد ورد فيه أنه ﷺ قال : « إنه ليخيل لي أني أقوله الشيء وأفعله ولم أقله ولم أفعله » وهذا يقتضي أن علقه تغير وذلك لا يجوز على رسول الله ﷺ وقد قال الله تعالى حكاية عن الكفار ﴿ يَقُولُ ٱلظَّٰلِمُونَ إِن تَتَّبِعُونَ إِلَّا رَجُلًا مَّسْحُورًا ﴾ (٥) ، وليس يمتنع أن يكون فعل السحر على اعتقاد السحر فلم يضر ذلك (٦) رسول الله ﷺ وإنما أطلقه الله عليه ليكون علمه معجزة له كما أن اليهودية لما قدمت إليه شاة قال : « إن هذا الشاة لتخبرني أنها مسمومة » .

٢٨٠٧٤ - ولو ثبت أنه ﷺ مرض والله تعالى أمرضه عند السحر وفعل المرض [تلفًا له] (٧) لتظهر معجزته .

* * *

(١ ، ٢) سورة البقرة : الآية ١٠٢ .
(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (١٩٣/٣) برقم ٣٠٩٥ .
(٤) سورة المائدة : الآية ٦٧ . (٥) سورة الإسراء : الآية ٤٧ .
(٦) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .
(٧) غير واضحة في (ص) .



مسألة ١٣٨٩

[اعتقاد الساحر صحة سحره]

٢٨٠٧٥ - قال أصحابنا : الساحر إذا اعتقد صحة السحر فهو على وجوه ؛ فإذا كان يعتقد ما ادعى .... [1] أن مع الله [2] إله آخر تعالى الله . وأن الكواكب فاعلة وتلك الأدعية كفر ؛ لأن فيها اعترافًا للكواكب بما لا يقدر عليه إلا الله ، وكذلك إن زعم الساحر أن الشياطين تخدمه وتفعل له ما يريد وأنها تقدر على تغير خلق الناس فهو كفر وإن اعتقد الساحر [3] أنه يفعل مثل المخاريق التي تخيل بها للناس كما يخيل المشعوذ فليس بكفر [وكذلك إن اعتقد أنه يطعم الإنسان أو يفجر [4] له ما يصل إلى حواسه فليس بكفر] [5] . وحكى أصحاب الشافعي : عنا أن السحر كفر وإن تعلم السحر كفر فأما السحر فإنا نقول : إنه على التفصيل الذي قدمناه وإما تعلمه فإن فعل ذلك ليعرفه بصفته ويتجنبه ويبين له بطلانه فليس بكفر وإن تعلمه متقنًا [6] ليفعله وهو يعتقد جوازه فهو كافر .

٢٨٠٧٦ - وقال الشافعي : يقال للساحر : صف سحرك فإن وصف ما يوجب الكفر فهو كافر وإن وصف ما لا يوجب الكفر فليس بكافر [7] . وأما إذا مات المسحور عمل فيه بإقرار الساحر فإن قال الساحر : لا يقتل . فلا قصاص عليه ، وإن قال أنه نقتل غالبًا وربما سلم منه فعليه القصاص وإن قال : سحري لا يقتل غالبًا وربما مات فيه فعليه الدية فجعل ذلك جناية وألحقها تارة بالعمد وتارة بشبه العمد فأما إذا اعتقد أن الكواكب فاعلة وأن الشياطين تخدمه فهو كافر من الوجه الذي ذكرنا فيصير مرتدًا فيقتل بالردة .

٢٨٠٧٧ - وقد روى الحسن عن أبي حنيفة أنه يقتل ولا يستتاب لأنه جمع إلى الكفر السعي في الأرض بالفساد فلا يسقط قتله بتوبته بعد القدرة كقاطع

(١) توجد هنا إحالة على الهامش (ص) ، ولكنها غير مقروءة .
(٢) ساقطة من (ص) .
(٣) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ومستدركة في الهامش وهي غير واضحة فيها .
(٤) غير واضحة في (ص) .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع)
(٦) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .
(٧) انظر : الأم (١/٢٩٤) وعبارته : والسحر اسم جامع لمعان مختلفة ؛ فيقال للساحر : صف السحر الذي تسحر به . فإن كان ما يسحر به كلام كفر صريح ، استتيب منه فإن تاب وإلا قتل وأخذ ماله فيئا . وإن كان ما يسحر به كلاما لا يكون كفرا وكان غير معروف ولم يضر به أحدا نهي عنه ، فإن عاد عزر .

الطريق[(١)] . وكذلك قال أصحابنا في الخناق .

٢٨٠٧٨ - وأما إذا قتل بسحره ولا يعتقد صحة ذلك فإن كان هو الفاعل بنفسه فقد قتل بغير الحديد ، فإن تكرر منه قتل على وجه الحمل لسعيه في الأرض بالفساد وإن لم يتكرر فعله فعليه الدية كقاتل بغير الحديد ، وإن كان المسحور يتناول ذلك بنفسه فلا قود على عاقل السبب ، كما ناول غيره السم فأكل .

٢٨٠٧٩ - وما أخبر [(٢)] الشافعي الساحر يجري مجرى الجناية وتحمله للقتل لا للسحر فهو قول خالف به الآثار . واتفاق السلف وروى خباب بن الأرت أنه [ﷺ قال] [(٣)] : « حد الساحر ضربه بالسيف » [(٤)] . وهذا يقتضي أن قتله على وجه الحد وأنه يقتل من غير تفصيل وقد روي عن [ابن مسعود أنه ﷺ قال : « من أتى ساحرًا نصدقه بما يقول فقد] [(٥)] كفر بما أنزل على محمد » [(٦)] .

٢٨٠٨٠ - وعن ابن عمر أن جارية لحفصة سحرتها فأمر عبد الرحمن بن زيد بقتلها فبلغ ذلك عثمان فأنكره فآتاه ابن عمر فأخبره خبرها فكان إنكاره فقتلت بغير إذنه [(٧)] .

٢٨٠٨١ - وعن الحسن قال : يقتل الساحر ولا يستتاب [(٨)] .

٢٨٠٨٢ - وروى عمرو بن شعيب أن عمر أخذ ساحرًا فدفنه إلى صدره ثم تركه حتى مات [(٩)] .

٢٨٠٨٣ - وعن مسلم بن أبي الجعد قال : كان قيس بن سعد أميرًا على مصر

---

(١) انظر : رد المحتار (٢٤١/٤) . (٢) غير واضحة في (ص) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) أخرجه الترمذي في السنن (٦٠/٤) برقم ١٤٦٠ .

(٥) ما بين المعكوفتين بياض في جميع النسخ ، وما أثبتناه من جزء من الأثر المروي عن ابن مسعود ، فالأثر كالتالي : من أتى ساحرا أو كاهنا أو عرافا فصدقه بما يقول فقد كفر .... إلخ ولم نثبت الأثر بتمامه لأن مساحة البياض لا تحتمل كل هذا الأثر فلعل المصنف اقتصر على جزء منه .

(٦) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (١٢٣/٢) برقم ١٤٥٣ ، وفي المعجم الكبير (٧٦/١٠) برقم ١٠٠٠٥ والبيهقي في السنن الكبرى (١٣٦/٨) برقم ١٦٢٧٤ ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٤٢/٥) برقم ٢٣٥٢٨ ، والبزار في مسنده (٢٥٦/٥، ٣١٥) برقم (١٨٧٣ ، ١٩٣١) ، وأبو يعلى في مسنده (٢٨٠/٩) برقم ٥٤٠٨ .

(٧) أخرجه عبد الرازق في مصنفه (١٨٠/١٠) برقم ١٨٧٤٧ .

(٨) أخرجه بعد الرزاق في مصنفة (٤٥٣/٥) برقم ٢٧٩١٢ .

(٩) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٨٤/١٠) برقم ١٨٧٥٥ .

فجعلوا يفشون [١] سره فقال : من هذا الذي يفشي علي سري ؟ قال ساحر هاهنا . فدعاه فقال : إذا نشرت [٢] الكتاب علمناه ما فيه . فأما ما دام محبوسًا فليس نعلمه فأمر به فقتل [٣] .

٢٨٠٨٤ - وروى الأسود بن هلال قال علي بن أبي طالب : إن هؤلاء العارفين كهان العجم فمن أتى كاهنًا يؤمن له بما يقوله فقد كفر بما أنزل على محمد [٤] .

٢٨٠٨٥ - وعن الحسن أن جنديًا قتل ساحرًا [٥] .

٢٨٠٨٦ - فقد اتفق السلف على قتل الساحر بسحره ولم يعتبر أحد منهم حكم جناية . فمن قال : إني أقتله لجنايته . فقد خالف إجماعهم .

٢٨٠٨٧ - فأما تعلم السحر فقد قدمناه .

٢٨٠٨٨ - قال مخالفنا : أكثر أحوال السحر أن يكون كفرًا وتعلم السحر ليس بكفر وتعلم الزنا ليس بفسق .

٢٨٠٨٩ - قلنا : إذا تعلم السحر ليتخير ويتحرز منه فليس بكفر فإن تعلمه معتقدًا لصحته فهو كفر ، وتعلم الزنا لاجتنابه ليس بفسق وإن تعلمه ليعمل فهو فسق . لا فرق بين الزنا وبين ما استشهد به مخالفنا على أن تعلم السحر فهو في الغالب لا يقع إلا على وجه المنكر لأن السحرة تزعم أن من [٦] عمل ذلك غير معتقد لصحته ولتعظيم الكواكب والتصديق بأنها تضر وتنفع لم يصح له ما يفعله فالتعلم في الغالب لا يقع مع الاعتقاد الذي يفكر به .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [يقشوا] . (٢) لعلها في (ص) : [فشوت] .
(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٠/١٨٣) برقم ١٨٧٥١ .
(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥/٤٢) برقم ٢٣٥٢٥ .
(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥/٥٦١) برقم ٢٨٩٧٧ .
(٦) زيادة من (م) ، (ع) .

مَوْسُوعَة

القواعد الفقهيّة المقارنة

المسمّاة

التجريد

كتاب قتال أهل البغي







[ما تلف من أهل العدل والبغي]

٢٨٠٩٠ - قال أصحابنا : ما تلف من أهل العدل والبغي من نفس أو مال فلا ضمان على كل واحد من الفريقين (١) .

٢٨٠٩١ - وقال الشافعي : ما أتلفه أهل العدل (٢) على الباغي فلا ضمان عليه قولًا واحدًا وما أتلفه الباغي على العادل فيه قولان : قال في القديم : يجب ضمان النفس والمال وقال في الجديد : لا ضمان (٣) .

٢٨٠٩٢ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُواْ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَهُمَا ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ فَقَـٰتِلُواْ ٱلَّتِى تَبْغِى حَتَّىٰ تَفِىٓءَ إِلَىٰٓ أَمْرِ ٱللَّهِ ﴾ (٤) وهذا بيان لجميع أحكام أهل (٥) البغي فمن زعم أن ها هنا حكما آخر وهو وجوب الضمان فقد خالف الظاهر .

٢٨٠٩٣ - ولا يقال : إن الله تعالى قال : ﴿ وَأَقْسِطُوٓاْ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ﴾ فأمر بالعدل وذلك يكون بإيجاب الضمان . لأنا إذا لم نسلم الوجوب لم يكن إلزام الضمان من القسط .ويدل عليه أن الفتنة وقعت بين السلف الصالح ثم اجتمعوا فلم يقض لأحد على أحد بوجوب القصاص [والضمان] (٦) ولو كان واجبًا كالسراية ولم يتركهم فلم ينقل دل من اتفاقهم على أنه ليس بواجب .

٢٨٠٩٤ - فإن قيل : إنما لم يقض بذلك لأن المستحق لم يطالب .

٢٨٠٩٥ - قلنا : لو كانت المطالبة واجبة لم تتفق آراؤهم مع كثرة عددهم على ترك ذلك فلما لم يطالبوا دل أنه ظهر لجماعتهم أن ذلك غير واجب حتى سكتوا عن المطالبة .

٢٨٠٩٦ - فإن قيل : رد المال المعين إذا كان في أيديهم واجب ولم ينقل أن أحدا

---

(١) انظر : البدائع (١٤٢/٧) وعبارته : لا خلاف في أن العادل إذا أصاب من أهل البغي من دم أو جراحة أو مال استهلكه . أنه لا ضمان عليه . وأما الباغي إذا أصاب شيئا من ذلك من أهل العدل فقد اختلفوا فيه . قال أصحابنا : إن ذلك موضوع .

(٢) في جميع النسخ [البغي] وما أثبتناه من كتب الشافعي .

(٣) انظر : مغني المحتاج (٤٠٤/٥) وعبارته : وما أتلفه باغ على عادل أو عكسه إن لم يكن في قتال ضمن وإلا فلا . وفي قول : يضمن الباغي . والمتأول بلا شوكة يضمن وعكسه كباغ .

(٤) سورة الحجرات : الآية ٩ .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [ولا ضمان] .

طولب برد ما في يده .

٢٨٠٩٧ - قلنا : قد التمس أصحاب علي بالبصرة قسمة الأموال فامتنع وهذا ينبه على وجوب الرد فإن لم ينقل بمطالبة فيجوز أن يكون ، لأنهم لم يظهروا على مال بعينه .

٢٨٠٩٨ - فأما الضمان فينقطع أن الدماء أريقت والأموال أتلفت فترك المطالبة بضمانها يدل على نفي وجوب الضمان .

٢٨٠٩٩ - ويدل عليه ما روي عن الزهري أنه قال : وقعت الفتنة العظمى وأصحاب رسول الله ﷺ متوافرون فأجمعوا رأيهم على أن كل دم أريق بتأويل القرآن وكل مال أتلف بتأويل القرآن وكل فرج استبيح بتأويل القرآن فهو هدر ولا شيء فيه [(١)] .

٢٨١٠٠ - فإن قيل : كيف يثبت الإجماع وهو دليل مقطوع به [بخبر واحد وهو يفيد الظن . قلنا : كما ثبت قول الرسول بقول واحد هو دليل مقطوع به] [(٢)] ولأنهم باينوا [(٣)] أهل الحق السابق أن أحكامنا لا تجري في دارهم .

٢٨١٠١ - ولأن كل طائفتين اقتتلتا فلم يضمن المحقة أموال المبطلة فلم يضمن المبطلة أموال المحقة كالمسلمين وأهل الحرب .

٢٨١٠٢ - ولأنهم أهل دار لا تجري أحكامنا فيها فلم يضمنوا ما أتلفوه من أموالنا كأهل الحرب .

٢٨١٠٣ - فإن قيل : المعنى في أهل الحرب أنا نغنم أموالهم ونسبيهم فلذلك لم يضمنوا أموالنا .

٢٨١٠٤ - قلنا : جواز غنيمة أموالهم علة لسقوط الضمان عنا فأما أن يدل على سقوطه عنهم فلا ، ولأن عند مخالفنا أن الحربي لا يغنم مالنا ولا نضمن ما أتلفناه عليه كذلك الباغي لا نغم ماله ولا يضمن ما أتلفه علينا .

٢٨١٠٥ - قالوا : الحربي غير ملتزم ضمان الأموال والباغي قد التزمها .

٢٨١٠٦ - قلنا : الضمان لا يجب على الإنسان بالتزامه وإنما يجب عليه بإيجاب الله تعالى بدلالة أن الصبيان يضمنون بالإتلاف ولم يلتزموا ضمانًا ولأنا أمرنا برفع البغي وأقاموا على البغي وعادوا في البغي وهذا لا يجوز ، ولهذا قال ﷺ : « الإسلام يجب ما قبله » فأسقط ما تقدم عليه ليسهل الانتقال إليه .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٧٥/٨) برقم ١٦٥٠١ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقطة من (م) ، (ع) . (٣) غير واضحة في كافة النسخ .

٢٨١٠٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ﴾ (١) وبقوله تعالى : ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا ﴾ (٢) .

٢٨١٠٨ - قلنا : هذا خطاب للقاتل الذى يدلنا عليه فأما من قُتِل ولا يد لنا عليه فلا يتناوله الظاهر [فلا يدوا] (٣) قتلانا ولا ندي قتلاهم .

٢٨١٠٩ - قلنا : هذا قاله عمر من قُتِل منا فإنما عهد الله تعالى فأجره عليه ورجع أبو بكر إلى قوله (٤) بدلالة أنه لم يطالب أحدًا ممن أسلم بشيء من ذلك وقد قتل طليحة (٥) عكاشة بن محصن (٦) وغيره من المسلمين ثم أسلم وجاء إلى أبي بكر (٧) فلم يأخذه بشيء من ذلك ولا بين الأولياء وجوب المطالبة .

٢٨١١٠ - قالوا : شخصان كل واحد منهما وجب عليه الضمان كما لو أتلفه قبل القتال أو قبل التخيير أو ما أتلفه المسلم على المسلم .

٢٨١١١ - قلنا : لا نسلم الوصف ؛ لأن عندنا الباغي في حال التخيير لا يضمن مال العادل ، والعادل لا يضمن ماله فإن أرادوا أنه من أهل الضمان لولا البغي بطل بالحربى لأنه من أهل الضمان لولا الحرب ولهذا لو دخل إلينا مستأمنا ضمن . وقوله : « أتلفه بعدوانه » لا تأثير له في الأفضل لأن المسلم إذا أتلف مال المسلم بغير عدوان ضمنه والمعنى في الأصل إنا نضمن ما أتلفنا عليهم ويضمنوا ما أتلفوا علينا ونقول : إنهما في أهل دار يجري فيها حكم الإمام ولما كان الباغي في دار لا يجري حكم العدل فيها لم يضمن ما أتلف علينا .

---

(١) سورة البقرة : الآية ١٧٨ . (٢) سورة الإسراء : الآية ٣٣ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٣٥/٨) برقم ١٧٤١٠ عن طارق بن شهاب قال : جاء وفد بزاخة وغطفان .

(٥) هو : طليحة بن خويلد بن نوفل الأسدي البطل الكرار صاحب رسول الله ﷺ ومن يضرب بشجاعته المثل أسلم سنة تسع ثم ارتد وظلم نفسه وتنبأ بنجد وتمت له حروب مع المسلمين ثم انهزم وخذل ولحق بآل جفنة الغسانيين بالشام ثم ارعوي وأسلم وحسن إسلامه لما توفي الصديق وأحرم بالحج فلما رآه عمر قال : يا طليحة لا أحبك بعد قتلك عكاشة بن محصن وثابت بن أرقم ، أبلى يوم نهاوند بلاء حسنا واستشهد ﷺ سنة ٢١هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (١٩٧/٣ ، ١٩٨) .

(٦) هو : عكاشة بن محصن السعيد الشهيد أبو محصن الأسدي حليف قريش من السابقين الأولين البدريين أهل الجنة استعمله النبي ﷺ على سرية الغمر فلم يلقوا كيدًا . وقد أبلى عكاشة يوم بدر بلاءً حسنًا وانكسر سيفه في يده فأعطاه النبي ﷺ عرجونًا من نخل أو عودًا فعاد بإذن الله في يده سيفًا فقاتل به وشهد به المشاهد ، حدث عنه : أبو هريرة وابن عباس وغيرهما ، توفي سنة ١١ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (١٩٢/٣) .

(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٧٥/٨) برقم ١٦٥٠٥ .

٢٨١١٢ - قالوا : مسلم أتلف مال مسلم بعدوان فصار كما ذكرنا . قلنا : قولكم : « بعدوان » لا تأثير له في المسلم على ما بيناه ، والمعنى في المسلم أن أحدهما يضمن ما أتلفه على الآخر واحترازهم بذكر العدوان لا ينفع لأن المسلم لو قتل الباغي لم يضمن وقد أتلفه بعدوان .

* * *

مسألة ١٣٩١

[انهزام فئة اهل البغي]

٢٨١١٣ - قال أصحابنا [١] : إذا كان لأهل البغي فئة فانهزموا اتبع مواليهم وأجهز على جريحهم . وقال الشافعي [٢] : لا يتبعون .

٢٨١١٤ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِي تَبۡغِي حَتَّىٰ تَفِيٓءَ إِلَىٰٓ أَمۡرِ ٱللَّهِۚ ﴾ [٣] ومتى انهزموا ولهم فئة فلم يزل البغي وإنما يتجاوزون ليجتمعوا على أهل العدل ، فوجب أن يقسطوا بالظاهر .

٢٨١١٥ - وروي أن علي بن أبي طالب اتبع بالشام المولّي وأجهز على الجريح وذلك بحضرة الصحابة من غير منكر [٤] والذي روي بالبصرة : لم يتبع مولٍ ولم يجهز على جريح [٥] فلأنه لم يبق لهم فئة .

٢٨١١٦ - ولا يقال : إن أهل الشام كانوا فئة لأن أهل الشام لم يظهروا الخلاف حينئذ ولا خلعوا الطاعة .

٢٨١١٧ - ولأنهم فارقوا حربًا ودارًا فجاز أن يتبعوهم بعد الهزيمة كأهل الحرب . ولا يلزم إذا لم يكن لهم فئة لأن التعليل يجوز الاتباع لا لأحواله .

٢٨١١٨ - ولأن بغيهم لم يزل بهزيمتهم فجاز أن يقتلوا كما قبل الهزيمة .

٢٨١١٩ - ولأن من جاز أن يقاتلوا مقاتلاها أن يقتلوا كما قبل الهزيمة إن غلب في ظننا أنه يتحيز بقتالنا .

٢٨١٢٠ - احتجوا : بأنه قتال على وجه الدفع فصار كقتال عن الخوارج .

٢٨١٢١ - قلنا : لا نسلم أن قتالهم دفعا لأن الخوارج إذا أجبروا وامتنعوا من

---

(١) انظر : كنز الدقائق مع تبيين الحقائق (٢٩٦/٣) وعبارته : قال رحمه الله : ولو لهم فئة أجهز على جريحهم واتبع موليهم وإلا لا .

(٢) انظر : أسنى المطالب (١١٦/٤) وعبارته : ولو انهزموا مدبرين لم نتبعهم فلا يقاتل مديرهم ولا يقتل مثخنهم وأسيرهم .

(٣) سورة الحجرات : الآية ٩ .

(٤) في (م) ، (ع) : [خلاف] .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٨١/٨) برقم ١٦٥٢٤ .

أحكامنا بدأناهم بالقتال ولم ننتظر أن يقاتلوا . فإن قيل : روي عن علي بن أبي طالب ﷺ أنه سمع رجلا يحكم في المسجد فقال : كلمة حق أريد به باطل لكم علينا أن لا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا الله فيها ولا نمنعكم حقكم من الفيء ولا نبدأكم بقتال [١] .

٢٨١٢٢ - قلنا : إذا كان أهل البغي في دارنا لم نتعرض لهم إلا أن يحس الإمام منهم بعزم على الخروج فيحبسهم فأما الذين خرجوا وتجبروا فإن الإمام يقاتلهم وإن لم يبدؤه بقتال .

٢٨١٢٣ - قالوا : إنه تارك للقتال كمن لا فئة له .

٢٨١٢٤ - قلنا : إذا لم يكن له فئة فقد زال بغيه بهزيمته ، والمقصود بالقتال إزالة البغي وإذا كانت له فئة فلم يزل البغي فجاز أن يقتل كحالة إزالة البغي وإذا كانت له فئة فلم يزل البغي إلا بالقتال .

* * *

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٨٤/٨) برقم ١٦٥٤٠ .

مسألة ١٣٩٢

[إذا وجد المسلمون أسلحة أهل الحرب ودوابهم]

٢٨١٢٥ - قال أصحابنا [١] : إذا وجد المسلمون أسلحة أهل الحرب ودوابهم جاز أن يقاتلوهم بها إذا احتاجوا إلى ذلك فإن استغنوا عنه أمسك الإمام إلى أن يتوبوا .

٢٨١٢٦ - وقال الشافعي [٢] : لا يجوز ذلك .

٢٨١٢٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِي تَبۡغِي حَتَّىٰ تَفِيٓءَ إِلَىٰٓ أَمۡرِ ٱللَّهِۚ ﴾ [٣] وهذا عام في قتالهم بسلاحهم وسلاحنا .

٢٨١٢٨ - ولأن الفتنة وقعت بين الصحابة ونحن لا نعلم أنه لا يخلو القاتل من أخذ سهم ورده إلى عدوه واجتذاب رمح والطعن به فلو كان ذلك لا يجوز لبنيه علي بن أبي طالب ولو فعل لنقل فلما لم ينقل دل علي إباحته .

٢٨١٢٩ - وقد روي أن علي بن أبي طالب قسم السلاح يوم البصرة [٤] ونحن نعلم أنه لم يقسمه قسمة تمليك فبقي أن يقسمه قسمة انتفاع . ولأنهم فارقونا بالحرب والدار فجاز أن نقاتلهم بأسلحتهم كأهل الحرب .

٢٨١٣٠ - فإن قيل : هذه [٥] الحرب ينقطع حقهم عن أسلحتهم . قلنا : ويتعلق حق المسلم بها ولا يمنع ذلك القتال بها عند الحاجة كذلك تعلق حق البغاة لا يكون بأكثر من حق الغانمين .

٢٨١٣١ - ولأنه سلاح تدبير أمره موقوف على الإمام لأن له أن يحبسه ويرده إذا رأى وكل سلاح تدبيره إلى الإمام يجوز أن يأذن في قتال أهل البغي به [٦] كسلاح بيت المال .

---

(١) انظر : المبسوط (١٢٧/١٠) وعبارته : وما أصاب أهل العدل من كراع أهل البغي وسلاحهم فلا بأس باستعمال ذلك عليهم عند الحاجة .

(٢) انظر : تحفة المحتاج (٧٣/٩) وعبارته : ولا يستعمل ما أخذ منهم من نحو سلاح وخيل في قتال أو غيره أي لا يجوز ذلك إلا لضرورة لخوف انهزام أهل العدل أو نحو قتلهم لو لم يستعملوا ذلك .

(٣) سورة الحجرات : الآية ٩ .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥٤٤/٧) برقم ٣٧٨٢٠ . فعن محمد بن الحنفية أن عليا قسم يوم الجمل في العسكر ما أجابوا عليه من سلاح أو كراع .

(٥) في جميع النسخ [هذا] ، وما أثبتناه هو الصواب .

(٦) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

٢٨١٣٢ - فإن قيل : ليس له إذا جاز الإمام أخذه وحبسه عنهم جاز له أن يأذن في الانتفاع به كما يجوز له أن يحبس أسراهم ولا يجوز أن يستخدمهم . قلنا : الانتفاع بالسلاح لا [١] يجوز عندنا مع عدم الحاجة ومتى احتاج المسلمون إلى عمل البغاة [٢] أمر الإمام باستعمالهم فيه [٣] .

٢٨١٣٣ - احتجوا : بقوله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » [٤] .

٢٨١٣٤ - قلنا : قد أجمعنا على أن الانتفاع بملك الغير عند الحاجة جائز فكأنه قال : « لا يحل مال امرئ مسلم من غير حاجة » وعندنا إذا لم يحتج المسلمون إليه لم يحل لهم .

٢٨١٣٥ - قالوا : من له حرمة ولا يجوز الانتفاع به بغير إذنه من غير ضرورة [أصله مال العادل . قلنا : يبطل بانتفاع الأب بمال ابنه يجوز من غير ضرورة] [٥] وإن قالوا : من غير حاجة . قلنا : بموجبه لأن الانتفاع بهذا السلاح لا يجوز إلا مع الحاجة والمعنى في سلاح العادل أنه لا يجوز حبسه عنه فلا يجوز قتاله به ولما جاز حبس سلاح الباغي عنه وأبيح قتاله جاز قتاله به .

٢٨١٣٦ - قالوا : من لم يجز الانتفاع بغير الكراع والسلاح من ماله لم يجز الانتفاع بالكراع والسلاح كالعادل .

٢٨١٣٧ - قلنا : لا نسلم فإنه يجوز الانتفاع بثيابهم في قتالهم ومجيئهم عند الحاجة إليها ولأن الغنيمة لا يجوز الانتفاع بغير السلاح والكراع والطعام منها ويجوز الانتفاع بهذه الأنواع .

٢٨١٣٨ - قالوا : كل ما يوجب رده على صاحبه لم يجز الانتفاع به بغير إذنه .

٢٨١٣٩ - قلنا : الغنيمة تجب قسمتها بين أهلها ويجوز الانتفاع بالسلاح والطعام منها والأب يجب عليه حفظ [٦] مال ابنه عليه فإن احتاج إليه جاز أن ينتفع به بغير إذنه ولأن الحالة التي يجوز الانتفاع لا يجب الرد والحالة التي يجوز فيها الرد ولا يجوز الانتفاع على أنا نحبس أموالهم عنه لمنفعة المسلمين ولهم

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٢) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .
(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦/١٠٠) برقم ١١٣٢٥ .
(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٦) ساقطة من (م) ، (ع) وصلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

حتى إنه [لو أمامها] (١) فيريد بعضهم ويقاتل به بمثل ذلك لأن تفريقهم منفعة [للمسلمين ولهم] (٢) وهذا غير ممنوع كما يحبس الإمام بيت المال إذا كان في حبسه منفعة للمسلمين ويمكنهم من الانتفاع به إذا كان في ذلك منفعة لهم .

* * *

(١) غير واضحة في (ص) .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .


مسألة ١٣٩٣

[الاستعانة بالكفار على قتال أهل البغي]

٢٨١٤٠ - قال أصحابنا : يجوز للإمام أن يستعين على قتال أهل البغي بالكفار إذا كانت كلمة المسلمين هي الظاهرة عليهم (١) . وقال الشافعي : لا يجوز (٢) .

٢٨١٤١ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِي تَبۡغِي حَتَّىٰ تَفِيٓءَ إِلَىٰٓ أَمۡرِ ٱللَّهِۚ ﴾(٣) ولم يفصل لأنهم باينوا بالحرب ودار كأهل الحرب ، ولأن من جاز قتاله وقتله جاز أن نستعين على قتاله بالكفار [كأهل الجزية جاز .... (٤)] (٥) كذلك أهل البغي .

٢٨١٤٢ - احتجوا : بأن قتل أهل البغي على صفة لا يجوز أن يسلط الكفار على قتالهم لأنهم مسلمين ودماؤهم محقونة وأموالهم معصومة وإنما يقاتلون ليرجعوا إلى الطاعة أو يتبدد شملهم ويتفرق جمعهم ولا يقاتلون ليقتلوا وهذا لا يجوز أن يتبع مدبريهم ولا يوقف على جريحهم وقتل أسيرهم ونبدأهم بالقتال إذا تجمعوا وإن بدءوا .

٢٨١٤٣ - فلم نسلم ما ذكروه على الماء إذا أحضرنا الكفار ويدنا هي العالية وكلمتنا هي الظاهرة أمرناهم بالقتال وإذا استشار بالكفار إذا وجب الكفر كما يأمر من يحضر من المسلمين بالقتال والكف وإن خالف رأيهم رأينا .

٢٨١٤٤ - وزعموا أن الشافعي قال : لا يجوز أن نقاتلهم بمسلم يعتقد وجوب قتلهم بكل حال (٦) وهل يجوز للقاضي أن يستحلف من يخالفه لأنه لا يعلم في الاجتهاد ويمادي بعض وهذا يلزمهم في مسألتنا لأن الإمام لا يعلم ما يؤدي إليه الاجتهاد ، وهذا الذي يرى قتلهم في حال القتال .

* * *

(١) انظر : المبسوط (١٣٦/١٠) وعبارته : ولا بأس بأن يستعين أهل العدل بقوم من أهل البغي وأهل الذمة على الخوارج إذا كان حكم أهل العدل ظاهرا .

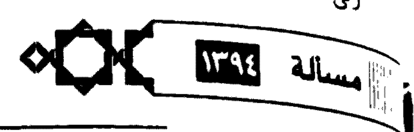
(٢) انظر : أسنى المطالب (١١٦/٤) وعبارة الروض : وتحرم الاستعانة عليهم بكافر ولو ذميا إلى أن قال : نعم يجوز الاستعانة بهم عند الضرورة .

(٣) سورة الحجرات : الآية ٩ .

(٤) غير واضحة في (ص) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٦) انظر : روض الطالب مع أسنى المطالب (١١٦/٤) وعبارته : وكذا يحرم على من لا يرى قتلهم مدبرين الاستعانة عليهم بمن يرى قتلهم مدبرين لعداوة أو لاعتقاد كالحنفي إبقاء عليهم .



مسألة ١٣٩٤

[زنى المسلم في دار الحرب او في دار البغي]

٢٨١٤٥ - قال لأصحابنا [(١)] : إذا زنى المسلم في دار الحرب أو في دار البغي ثم خرج إلينا لم يقم الإمام عليه الحد [واختلف أصحابنا المتأخرون فمنهم من قال : وجب الحد] وتعذر الاستيفاء ومنهم من قال : لا يجب [(٢)] .

٢٨١٤٦ - وقال الشافعي : يحده الإمام إذا ظفر به [(٣)] . لنا : أن الإمام لم يكن مخاطبًا إقامة الحد عليه حال الزنا يدل عليه قوله تعالى : ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ ﴾ [(٤)] وهذا خطاب للأئمة ويستحيل أن يخاطب بإقامة الحد مع عجزه [عن ذلك ولأن إقامة الحد عبادة فلا يخاطب بها الإمام مع عجزه] [(٥)] عنها كسائر العبادات وإذا ثبت أنه لم يخاطب بإقامة عند [(٦)] الزنى ، قلنا : كل وطء لا يخاطب بإقامة الحد على الواطئ في الابتداء مع علمه بوجوده ، فإنه لا يخاطب في الثاني بإقامته أصله الوطء [مع الكفر] [(٧)] ولأنه زنا في موضع لا ولاية للإمام عليه فأشبه الحربي إذا زنا في دار الحرب ولأن الحربي إذا زنى في دار الحرب ثم ظهر لهم فلا يخلو إما أن يكون ترك الاستيفاء لكفره أو لأنه لا يلتزم أحكامنا أو أنه لا يد للإمام عليه ولا يجوز أن يكون لأجل الكفر لأن الذي لا يقام عليه الحد [مع الكفر] [(٨)] فلا يجوز أن يكون لأنه لم يلتزم أحكامنا ؛ لأن وجوب العبادات لا يقف على التزام المكلفين وإنما يلزمهم بإيجاب الله تعالى ولهذا يخرج من مال الصبى صدقة الفطر ولم يلتزمها وتجب العدة على الصغيرة ولم تلتزمها فلم يبق إلا أن يكون لأنه زنى

---

(١) انظر : البدائع (٣٥/٧) وعبارته : وكذلك الوطء في دار الحرب وفى دار البغي لا يوجد الحد حتى إن من زنى في دار الحرب أو دار البغي ثم خرج إلينا لا يقام عليه الحد .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) الأم (٢٦٣/٤) وعبارته : وإذا أصاب الرجل حدًا وهو محاصر للعدو أقيم عليه الحد ولا يمنعنا الخوف عليه من اللحوق بالمشركين .

(٤) سورة النور : الآية ٢ .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وصلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) [عندنا] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

في مكان لا يد للإمام عليه وهذا المعنى موجود في المسلمين لأنه وطئ في دار الحرب .... [1] على فراشه فوطئها . ولأن كل من لا يحد إذا وجد على فراشه غير امرأته فوطئها وهو يظنها امرأته لم يحد وإن وطئها مع علمه أصل الصبي والمجنون هذا كلام على من لم ينف الوجوب وإنما يمنع الاستيفاء فأما من قال من أصحابنا أن الحد لا يجب فقال لأن سبب الملك موجود في دار الحرب لأن له أن يأخذ النساء ويسترقهم والوطء متى قارنه سبب الملك منع الحد كالمولى إذا وطئ حربية لم يجب عليه الحد ؛ لأن له فيها حق الملك [فإن تغلب عليها .... الرد ... فيملكها ومن له فيها حق الملك] [2] لا يجب عليه الحد فوطئها كجارية مكاتبة وإذا لم يحد بوطء الحربية .

٢٨١٤٧ - قلنا : كل من لا يلزمه الحد إذا وطئ كافرة لم يلزمه الحد وإن وطئ مسلمة كالصبي والمجنون وإذا ثبت سقوط الحد عن الزاني في دار الحرب كذلك عن الزاني في دار البغي فلابد للإمام فيها .

٢٨١٤٨ - احتجوا : بقوله تعالى ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ ﴾ [3] .

٢٨١٤٩ - قلنا : الفاء للتعقيب فتقتضي الآية الخطاب بالإقامة عقيب الزنا وقد بينا أن الإمام لا يخاطب بذلك في مسألتنا فلم تتناوله الآية .

٢٨١٥٠ - قالوا : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث الثيب الزاني » [4] .

٢٨١٥١ - قلنا : من أصحابنا من قال : وجب الحد وتعذر الاستيفاء وعلى الطريقة الأخرى أن هذا خطاب للمستحيل [5] وهو الإمام وقد بينا أنه لا يخاطب بذلك ولا يد له .

٢٨١٥٢ - قالوا : زنا في دار الإسلام فأشبه إذا زنا في دار العدل .

٢٨١٥٣ - قلنا : لا فائدة بالتخصيص بدار الإسلام .

٢٨١٥٤ - وعندكم الزنا في دار الحرب مثله والمعنى في الأصل أنه زنا في مكان يجري فيه أحكام الإمام فوجب عليه أن يستوفي حده ، وفي مسألتنا زنا في مكان لا يد

---

(١) توجد هنا في (ص) إحالة على الهامش ولكنها غير مقروءة .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش ، وتوجد بعض الكلمات غير مقروءة .

(٣) سورة النور : الآية ٢ .

(٤) متفق عليه صحيح البخاري (٢٥٢١/٦) برقم ٦٤٨٤ ومسلم (١٣٠٢/٣) برقم ١٦٧٦ .

(٥) في (ص) : [للمستحيل] .

للإمام عليه فكذلك لم يجب الاستيفاء .

٢٨١٥٥ - قالوا : مخاطب بجميع العبادات يحتاط في إيجابها . ولأنه يؤثر الشبه في إسقاطها والحد تؤثر الشبه في إسقاطه فلا يقال لما وجب مالا يسقط بالشبهة وجب ما يسقط بها .

٢٨١٥٦ - قالوا : كل موضع يلزم ضمان ما أتلف فيه من الأموال إذا زنى فيه حد كدار الإسلام .

٢٨١٥٧ - قلنا : لا تأثير لهذا الوصف لأن عندهم الزانى في دار الحرب يحد وإن كان لو أتلف أموالهم لم يضمنها ولاضمان المال حق لآدمي وذلك لا يسقط بالشبه والحد سقط بالشبهة فلم يعتبر أحدهما بالآخر .

٢٨١٥٨ - قالوا : لنا عين [1] إذا قتل أحدهما الآخر وجب عليه القصاص وكل من لزمه القصاص بالقتل لزمه الحد بالزنى .

٢٨١٥٩ - قلنا : القصاص إذا وجب لم يقف استيفاؤه على الإمام وعدم [2] ثبوت يده لا يمنع الوجوب [والحد يقف على الإمام فعدم ثبوت يده يمنع الوجوب] [3] .

* * *

(١) غير واضحة في (ص) .
(٢) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) ، ومستدركة من الهامش .



مسألة ١٣٩٥

[حكم المرتدة]

٢٨١٦٠ - قال أصحابنا : المرتدة لا تقتل [١] .

٢٨١٦١ - وقال الشافعي : تقتل [٢] . لنا : ما روي أن النبي ﷺ نهى عن قتل النساء والولدان [٣] وروى أنه مر بامرأة مقتولة فقال : « أما أن هذه لا تقتل » [٤] فبين الحكم والعلة وهي موجودة في المرتدة .

٢٨١٦٢ - فإن قيل : هذا قاله في الحربية .

٢٨١٦٣ - قلنا : عموم اللفظ يختص بالسبب .

٢٨١٦٤ - وروى أبو حنيفة عن عاصم عن ابن رزين [٥] عن ابن عباس في المرتدة قال : تحبس ولا تقتل [٦] .

٢٨١٦٥ - وروى حماد بن سلمة عن قتادة عن حلاس عن علي في المرتدة عن الإسلام : [قد ثبت ما تسرقه وأمه] [٧] [٨] .

٢٨١٦٦ - وهذا يدل على أنها لا تقتل وإن لحقت بدار الحرب لأن الاسترقاق لا يكون إلا من دار الحرب ولا يعرف لهما مخالف .

٢٨١٦٧ - والذي روي أن المرتدة إن قتلت في زمن أبي بكر [٩] فقد روي أن [الحل

---

(١) انظر : المبسوط (١٠/١٠٩) وعبارته : ولا نقتل المرتدة ولكنها تحبس وتجبر على الإسلام عندنا . الأم (٥/١٦٦) وعبارة الإمام الشافعي : وأن أقتل المرتدة وأجعل مالها فيئا .

(٢) ساقطة من : (م) ، (ع) .

(٣) متفق عليه البخاري في صحيحه (٣/١٠٩٨) برقم ٢٨٥١ ومسلم في صحيحه (٣/١٣٦٤) برقم ١٧٤٤ .

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢/٩٤٨) برقم ٢٨٤٢ .

(٥) في جميع النسخ : [الزبير] وهو خطأ ، والصواب ما أثبتناه من كتب التخريج .

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٨/٢٠٣) برقم ١٦٦٤٨ . ، والدارقطني في سننه (٣/١١٨ - ٢٠١) برقم (١٢٠/٣٥٤) ، والخطيب البغدادي في تاريخه (١٣/٤٤٦) .

(٧) وفي جميع النسخ : [قد بينا ما تسرقه وأمه] . وفي كتب التخريج : [تستتاب] .

(٨) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٦/٤٤٢) برقم ٣٢٧٧٢ .

(٩) أخرجة البيهقي في السنن الكبرى ٨/٢٠٤ برقم ١٦٦٤٩ .

وطأهن] [١] .

٢٨١٦٨ - ويجوز أن تقتل مرتدة قاتلت أو حرضت أو كانت رئيسة طائفة لا تتفرق إلا بقتلها كما تقتل الكافرة الأصلية ولأنه كفر من أنثى فلا يوجب القتل كالكافرة الأصلية ولا يلزم إذا كانت ملكة لأن قتلها التفريق جميع المقاتلين لا لأجل كفرها بدلالة أن أمير الخوارج يقتل بهذه العلة من غير كفر ولا يلزم إذا أظهرت سبه ﷺ لأن الظاهر من المذهب أنها لا تقتل وعلى قول من يقول من أصحابنا أنها لا تقتل للكفر لكن السعي في دارنا بالفساد ولأن كل من لا يقتل بكفره الأصلي لا يقتل بإظهار الكفر بعد الإسلام كالصبي والمجنون ولا يلزم الشيخ لأنه يقتل بكفره إذا كان من ذوي الرأي ومن أصحابنا من قال : الشيخ الذي لا يقتل هو الخرف [٢] . وهو لا يقتل إذا ارتد ولا يلزم الرهبان لأنهم يقتلون بكفرهم إذا خالطوا الناس أو دلوا على عورات المسلمين ولأنها ممن لا يستعان بها في القتال غالبًا فلا تقتل لأجل كفرها كالصبي ولأن كل معصية إذا وجدت من الإنسان ابتداء لم يوجب القتل إذا عاد إليها بعد ثبوتها لم نوجب القتل كشرب الخمر وعكسه كفر الرجل .

٢٨١٦٩ - ولا يلزم الشيخ الفاني لأن كفره ابتداء يوجب القتل إذا كان له رأي .

٢٨١٧٠ - ولأن من جاز استرقاقه [إذا كان ...] [٣] من العرب لا يجب عليه قتله بإظهار الكفر بعد الإسلام كالصبيان .

٢٨١٧١ - ولأن الإسلام [أمر طاعة من ائتم [٤] لم يستفد به حقن الدم بالإسلام] [٥] فلا يجب عليها القتل بإظهار الكفر كالصبي لأنها اعتصمت بدين لا تقر عليها كالوثنية .

٢٨١٧٢ - ولأنها بالردة لم تنقض أحد النصرتين نصرة المقاتلة ونصرة العقل فلم تقتل كالكافرة الأصلية ولا يلزم الشيخ الكبير لأنه نقض بردته نصرة العقل ولأن كفرها لا يؤثر في إزالة ملكها عن مالها ولو نوجب قتلها أصله الصبي إذا أظهر الكفر ولأنه نوع كفر فاختلف في وجوب القتل به الرجل والمرأة بكفر الأصل .

---

(١) ما بين المعكوفتين غير واضح في (ص) .
(٢) الخرف : الرجل الذي فسد عقله من الكبر . انظر : لسان العرب مادة (خرف) .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش لكن توجد كلمة غير مقروءة .
(٤) غير واضحة في (ص) .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

٢٨١٧٣ - فإن قيل : إنما لا تقتل لأنها تسترق ففي قتلها إتلاف مال المسلمين .

٢٨١٧٤ - قلنا : والمرتدة عندنا تسترق ويبطل بالردة بين حال الرجال .

٢٨١٧٥ - احتجوا : بما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « من بدل دينه فاقتلوه » [١] .

٢٨١٧٦ - وقلنا : راوي هذا الخبر ابن عباس وقد روينا عنه أنه قال : المرتدة لا تقتل [٢] فلولا أنه عرف تخصيص العموم لم يخالف ظاهر ما رواه .

٢٨١٧٧ - وقد عارض هذا الحديث نهيه عن قتل النساء وهو مبطل لقوله : « أما أن هذا لا يقاتل » [٣] فوجب الرجوع إلى الخبر المعلل وتخصيص عموم الخبر المطلوب . ولأن خبرنا يفيد الحظر فهو أولى من خبرهم المفيد للإباحة .

٢٨١٧٨ - فإن قيل : خبركم دخله التخصيص [في الملك .

٢٨١٧٩ - قلنا : وخبركم] [٤] دخله فيمن ارتد ثم أسلم ومن انتقل من الكفر إلى الإسلام .

٢٨١٨٠ - قالوا : روى [إبراهيم بن سعد [٥] عن الزهري] [٦] عن محمد بن المنكدر [٧] عن جابر أن امرأة يقال لها أم مروان ارتدت عن الإسلام فأمر ﷺ أن يعرض عليها الإسلام فإن أسلمت وإلا قتلت [٨] قال المحتج بهذا الخبر وهذا إسناد صحيح .

٢٨١٨١ - الجواب أن هذا الخبر [٩] لا يعرف لم يذكره أهل العلم إلا أبو داود وإنما أورده الدارقطني على عادته في إيراد ما يعلم أنه لا يحتج به رواه علي بن بطحاء المحتسب

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٠٩٨/٣) برقم ٢٨٥٤ .

(٢ ، ٣) سبق تخريجه . (٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في جميع النسخ : [سعيد] هو خطأ ، والصواب ما أثبتناه من كتب التخريج . وهو : إبراهيم بن سعد بن إبراهيم القرشي الزهري أبو إسحاق المدني . نزيل بغداد . روى عن : شعبة ، وصالح بن كيسان ، ومحمد بن إسحاق ، والزهري ، وهشام بن عروة ، وغيرهم . وروى عنه : أحمد بن حنبل ، والأزرقي ، والطيالسي ، وشعبة أيضًا ، وعبد الله بن صالح ، وعبد الله بن وهب ، وغيرهم . انظر : تهذيب الكمال (٨٨/٢ - ٩٤) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٧) هو : محمد بن المنكدر بن عبد الله بن الهُدَير بن عبد العزى بن عامر بن الحارث بن حارثة بن سعد بن تيم بن مرة بن كعب بن لؤي الإمام الحافظ القدوة شيخ الإسلام أبو عبد القرشي التيمي المدني . ولد سنة بضع وثلاثين . حدث : عن النبي ﷺ ، وسلمان ، وأبي رافع ، وأسماء بنت عُميس ، وأبي قتادة ، وطائفة مرسلًا . وعنه : عمرو بن دينار ، والزهري ، وهشام بن عروة ، وأبو حازم الأعرج ، وموسى بن عقبة ، ومحمد بن واسع ، وخلق كثير . توفي سنة ١٣٠ أو ١٣١ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (١٥٥/٦ - ١٦٢) .

(٨) أخرجه الدارقطني في سننه (١١٨/٣) برقم ١٢٢ .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

ببغداد عن رجال مجاهيل بينه وبين إبراهيم بن سعد [1] وكفى بابن بطحاء شبهة وروي في كتابه عن محمد بن عياش عن ابن عباس عن أبيه عن محمد بن عبد الملك الأنصاري عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت : ارتدت امرأة يوم أحد وأمر ﷺ أن تستتاب فإن تابت وإلا قتلت [2] وإسماعيل بن عياش ضعيف عند أصحاب الحديث فيما يرويه عن الشاميين وأبوه دونه فلم يعترض على هذين الحديثين مع علمه بحالهما وروي عن شعبة عن عاصم عن أبي رزين عن ابن عباس قال : قال النبي ﷺ : « لا تقتل المرأة إذا ارتدت » ثم اعترضه فقال رواه عبد الملك بن عيسى الجزري وكان يضع الحديث [3] ولو أنصف لاعترض ما يوافقه إذا كان معترضًا كما اعترض ما يخالفه وقد كان قصد شيخنا أبا بكر الرازي واعتذر إليه من هذا الكتاب وقال : قد عملت السنن لأصحاب الشافعي ثم أعمل بعدة سننا لأصحاب أبي حنيفة فقال له رحمه الله : لا تتعب نفسك فإنا لا نقبل ما ترويه لنا كما لا نقبل ما رويته علينا .

٢٨١٨٢ - فأما حديث أم مروان فهو غلط [وحسر وأين] [4] أصحاب رسول الله ﷺ من هذا وقال قصة يجب أن يشتهر ملك عنها وهو يرى أن المرتدة وإنما هذه عصماء بنت مروان اليهودية كانت من جملة المعاهدين فنقضت العهد عام بدر وحرضت على قتال رسول الله ﷺ وقتاله فقالت في أبيات لها :

٢٨١٨٣ - نباست [5] بني ملك والنبيت ... وعرف وباسبت بني الخزرج

٢٨١٨٤ - أطعتم أتاوى من عندهم [6] ... فلا من مراد ولا مذحج

٢٨١٨٥ - إلا ما حد ينفي ركعة [7] ... فيقطع من أملح المرتجى

٢٨١٨٦ - سمع بهذا الشعر[سالم بن عمر] [8] المذحجى فجعل له على نفسه إن رد الله نبيه من بدرٍ أن يقتلها وكان ضعيف النظر فجاء ليلًا وأولادها في صدرها ففرق

(١) في جميع النسخ : [سعيد] هو خطأ ، والصواب ما أثبتناه من كتب التخريج .

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (١١٨/٣) برقم ١٢١ .

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (١١٧/٣) برقم ١١٨ .

(٤) ما بين المعكوفتين غير واضح (ص) .

(٥) في شرح السير الكبير (١٤١٨/٤) : [باست] .

(٦) في شرح السير الكبير (١٤١٨/٤) : [غيركم] .

(٧) في شرح السير الكبير (١٤١٨/٤) : [ألا أنف يبتغي عزة] .

(٨) في شرح السير الكبير (١٤١٨/٤) : [عمير بن عدي] .

بينها وبينهم بيده ثم وضع السيف في صدرها فقتلها وهذه قصة معروفة رواها أهل السيرة [١] وإنما يعني ارتدت أي نقضت العهد فرجعت عنه ولا معنى للتشاغل بتناول أخبار لا أصل لها وأخبار غلط رواتها .

٢٨١٨٧ - وقد ناول [بعض] [٢] أصحابنا ظاهر الخبر فقال هو محمول على أنها ارتدت فقاتلت أو كانت ممن يطاع في الحرب وهذا المعنى تقتل به الكافرة الأصلية كذلك الكافرة المرتدة .

٢٨١٨٨ - قالوا : كفر بعد إيمان فوجب القتل به كالرجل .

٢٨١٨٩ - قلنا : المعنى فيه أن الرجل يستعان به في القتال غالبًا ولا يوجد من المرأة أو نقول المعنى فيه أنه لا يسترق إذا كان فعلنا تغلبيًا عربيًا وكانت المرأة تسترق إذا كانت من عبدة الأوثان من العرب لم تقتل كالصبي .

٢٨١٩٠ - قالوا : المرأة تقتل بالزنا فتقتل بالردة وتقتل قصاصًا فقتلت بالردة وربما قالوا : كل معنى أوجب القتل على الرجل أوجب القتل على المرأة وأصله الزنى والقتل .

٢٨١٩١ - قلنا : اعتبار الردة بالكفر الأصلي اعتبار [٣] كفر بكفر وهو أولى من اعتبار كفر بقصاص وزنا ولأن الزنا والقصاص إذا وجد منها ابتداء وجب القتل كذلك إذا وجدنا [بالماء] [٤] ولما كان الكفر إذا وجد ابتداء من المرأة لم يوجب القتل كذلك إذا وجد في الزاني لا يوجبه .

٢٨١٩٢ - قالوا : كل كفر [٥] ضمان بدل النفس أباح القتل أصله الرجل .

٢٨١٩٣ - قالوا : ولا ينتقض بناء [٦] أهل الحرب وصبيانهم لأن أنفسهم قط لم تكن مضمونة فزال ذلك الضمان بالكفر .

٢٨١٩٤ - قلنا : بالردة حل عقد عقدة الإنسان على نفسه فتعود كله إلى ما كان عليه قبله لنقص البيع لأنها قبل إسلامها محظورة القتل ودمها مقوم كذلك لما عادت لفسخ العقد إلى ما كانت عليه .

* * *

(١) أخرجها القضاعي في مسند الشهاب (٤٨/٢) برقم ٨٥٨ ، والسرخسي في شرح السير الكبير (١٤١٩/٤) .
(٢) مكانها بياض في (ص) ، وساقطة من (م) ، (ع) .
(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٤) غير واضحة في (ص) .
(٥) بعدها بياض في (ص) .
(٦) غير واضحة في (ص) .



[حكم الزنديق]

٢٨١٩٥ - روي عن أبي حنيفة أن الزنديق الذي ليس بالأعز إذا أظهرنا عليه قتلناه ولم تقبل توبته وروى عنه أن توبته تقبل [١] . وروي عنه أن توبته تقبل ، وبه قال الشافعي [٢] :
لنا قوله ﷺ : « من بدل دينه فاقتلوه » وهذا يقتضي وجوب القتل بكل حال تاب أو لم يتب ويدل عليه أنه ﷺ لما قدم المدينة أسلم منهم من أسلم وبقي على الشرك بطون من الأوس عاهدوا النبي ﷺ على نصرته كمن أسلم وعاهد النبي ﷺ جميع اليهود على أن يكونوا كالمسلمين ينصرون ويعقلون وينصرهم المسلمون ويعقلون عنهم فلما نصر الله رسوله يوم بدر مضى كعب بن الأشرف إلى مكة فرثى قتلى بدر وحرض قريشًا [٣] على النبي ﷺ فأمر النبي ﷺ حسان بن ثابت فنزل الذين نزل بهم من قريش فأخرج رجله فرجع فظهر للنبي ﷺ ما كان من العهد فأمر ﷺ جماعة اغتالوه ليلا فقتلوه ولا سبب ولا عصم دمه إظهار العهد فدل على أن من أظهر غير ما يبطن قتل بالمعنى الذى يبطنه ولم يعصم دمه ما يظهره ولأن عبد الله بن مسعود ظهر على ابن النواحة بالكوفة وهو يبطن من مسيلمة فقتله ولم يعرض عليه التوبة واستتاب [قومه] [٤] ونفاهم إلى الشام [٥] فدل على أن في الكفار من يقتل ولا يستتاب وهو المشهد من جماعة الصحابة بالكوفة ولم ينكروه ولأن الزنديق من عادته أن يدعو إلى ما يعتقد فيضم إلى كفره السعي في الأرض بالفساد فصار كالمرتد إذا قطع الطريق وتاب بعد القدرة عليه ولأنه لا يوثق بما يظهرونه من التوبة لأن من عادتهم أن يجعلوا لكل ظاهر باطنا وإنما يقبل ما يظهره الإنسان بحق الظن فإذا تحققنا من عادتهم خلاف ذلك زال الظاهر فلم يقبل التوبة ولأن القتل تارة يستحق بالكفر وتارة بغيره ثم كان في القتل المستحق بغير الكفر ما لا يسقط بالتوبة أن يكون في

---

(١) انظر فتح القدير (٧١/٦ - ٧٢) وعبارته : وفي الزنديق لنا روايتان ؛ في رواية : لا تقبل توبته كقول مالك وأحمد . وفي رواية : تقبل كقول الشافعي .

(٢) انظر : روض الطالب مع أسنى المطالب (١٢٣/٤) وعبارته : وتقبل توبته أي : إسلامه ، ولو كان زنديقًا لا يتناهى خبثه في عقيدته .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٤) زيادة يقتضيها السياق .

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (١٤٨١/٤) برقم ٣٨١١ .

القتل المستحق بالكفر ما لا يسقط أيضًا وليس إلا في الزنديق .

٢٨١٩٦ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقُولُواْ لِمَنْ أَلْقَىٰٓ إِلَيْكُمُ ٱلسَّلَٰمَ لَسْتَ مُؤْمِنًا ﴾ (١) .

٢٨١٩٧ - قلنا : هذا قاله في الحربي بدليل قوله : ﴿ تَبْتَغُونَ عَرَضَ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا فَعِندَ ٱللَّهِ مَغَانِمُ كَثِيرَةٌ ﴾ (٢) فأخبر تعالى أنه لا يجوز أن يرد ظاهر الإسلام طلبًا للاسترقاق وللمفاداة [إنما يكون في الحرب والحربي يقبل ظاهر إسلامه باتفاق وأما قوله تعالى] (٣) ﴿ قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ ﴾ (٤) فالكفار في زمنه ﷺ كانوا يبطنون ما يظهرون فتوبتهم مقبولة وكان فيهم عدد قليل بخلاف ذلك وهم المنافقون وكان ﷺ كف عن قتلهم مع علمه بإقامتهم على الكفر لمصلحة فلم يبق هناك من لا يقبل ظاهر توبته وإطلاق فيما حدث من بعد قوله ﷺ : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوا عصموا مني دماءهم » (٥) وقال لأسامة بن زيد (٦) « أتقتل رجلا يقول لا إله إلا الله » (٧) لا دلالة فيه لأن الذين قاتلهم النبي لم يكن فيهم من يستر بالكفر ويظهر غيره فظاهر إسلامهم مقبول ولو قاتل من هذه لم يقتل ما يظهره ألا ترى أن الإسلام في حقن الدم كالعهد ولم يلتفت ﷺ إلى ما أظهره كعب بن الأشرف لما أبطن النقض والنكث بالنبي ﷺ فلو كان في زمنه منافقون يبطنون الكفر ويظهرون الإسلام مثل عبد الله بن أبي وغيره ونزل في أمرهم القرآن ولم يقتلهم النبي ﷺ بل نهى عن قتلهم (٨) .

٢٨١٩٨ - قلنا : المنافقون كانوا كفارا شهد الله تعالى بكفرهم واطلع نبيه على

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٥٤/٣) برقم ٤٣٧٨ .

(٢) سورة النساء : الآية ٩٤ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . (٤) سورة الأنفال : الآية ٣٨ .

(٥) متفق عليه ، أخرجه البخاري في صحيحه (١٧/١) برقم ٢٥ ، ومسلم (٥١/١) برقم ٢٠ .

(٦) هو : أسامة بن زيد بن حارثة بن شراحيل بن عبد العزى بن امرئ القيس ، المولى الأمير الكبير ، حب رسول الله ﷺ ومولاه وابن مولاه أبو زيد . استعمله النبي ﷺ على جيش لغزو الشام ، وفي الجيش عمر والكبار ، فلم يسر حتى توفي رسول الله ﷺ ، فبادر الصديق ببعثهم ، فأغاروا على أبنى من ناحية البلقاء . وقيل : إنه شهد يوم مؤتة مع والده . قد سكن المزة مدة ، ثم رجع المدينة فمات بها . انظر : سير أعلام النبلاء (١١٩/٤) .

(٧) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥١٩/٦) برقم ٦٤٧٨ .

(٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٦٧/٣) برقم ٦٢٩٤ .

حالهم فعرفهم بأعيانهم وعرفهم لحذيفة بن اليمان (١) وخصه بذلك من بين الصحابة
وهذا أقوى من قولهم مع إظهار الشهادة كفار لا يعتقد ما أظهرناه ولو قال ذلك لوجب
قتلهم باتفاق فكيف لا يجب قتلهم إذا علم كفرهم بما هو أقوى منه وإنما كف النبي
ﷺ عن قتلهم [المصلحة ...] (٢) لانتسابهم وحتى لا يؤدي ذلك إلى ديتهم . ومن
عرف السيرة علم ما جرى بين المسلمين من الأوس والخزرج من الممارة في قتلهم حتى
كاد أن يقتتلوا ونحن الآن إذا خفنا مثل ذلك تحققنا عن القتل ، وقد قيل أنه ﷺ لم
يقتلهم حتى لا يدعي عليه المشركون أنه يقتل من آمن به واتبعوه (٣) فينفروا عن الإسلام
فلم يصح الاحتجاج بذلك . قالوا : توبة من كفر فأشبه الكافر الأصلي وقال : زنا
بالشهادتين .

٢٨١٩٩ - قلنا : الكافر الأصلي إما يفارق توبته ما يمنع من صحتها والزنديق فارق
توبته ما يمنع من قبولها .

* * *

(١) هو : حذيفة بن اليمان من نجباء أصحاب محمد ﷺ وهو صاحب السر حليف الأنصار من أعيان المهاجرين .
حدث عنه : أبو وائل ، وزر بن حبيش . وزيد بن وهب وربعي بن حراش ، وصلة بن زفر ، وعبد الرحمن بن أبي
ليلى ، وخلق سواهم . له في الصحيحين اثنا عشر حديثًا وفي البخاري ثمانية وفي مسلم سبعة عشر حديثًا . آخى
رسول الله بينه وبين عمار بن ياسر في المدينة . توفي سنة ٣٢ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٠/٤ - ٣٥) .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدركة في الهامش ، وتوجد كلمة غير مقروءة .
(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (١٢٩٦/٣) برقم ٣٣٣٠ ، ومسلم في صحيحه (١٩٩٨/٤)
برقم ٢٥٨٤

مسألة ١٣٩٧

[ارتداد السكران]

٢٨٢٠٠ - قال أصحابنا : إذا ارتد السكران لم يحكم بردته استحسانًا وإن أسلم حكمنا بإسلامه (١) .

٢٨٢٠١ - وقال الشافعي : يصح إسلامه وردته (٢) . لنا أنه زائل العقل فلم تصح ردته كالمجنون [ولأن الكفر إنما يثبت بالاعتقاد والسكران لا اعتقاد له فصار كالمجنون .

٢٨٢٠٢ - فإن قيل : المجنون] (٣) لو أسلم لم نحكم بإسلامه كذلك لا نحكم بردته والسكران يحكم بإسلامه فكذا بردته .

٢٨٢٠٣ - قلنا : إن السكران قد يظهر السكر وهو يعقل فمتى أقررناه على الكفر بعد إظهاره الإسلام أقررناه على ذلك بالاحتمال والإسلام يحكم به بالاحتياط فكان تغليب حكم الإسلام أولى ولو حكمنا بكفره لحكمنا به بالاحتمال فلم يجز أن يحكم بالكفر بالاحتمال ولأنه ممن لا تصح صلاته فلم يحكم بردته [كالمسح والمتوسم] (٤) ولأن العبادات التي تتعلق بالاعتقادات على ضربين : شرعية وعقلية ثم كان في الشرعيات مالا يصح منه كنية الصوم والصلاة فكذلك أن يكون في العقليات مالا يصح منه .

٢٨٢٠٤ - احتجوا : بأن من صح طلاقه صحت ردته كالصاحي .

٢٨٢٠٥ - قلنا : الصاحي يصح منه اعتقاد [ويصح منه ما] (٥) يقف على الاعتقاد والسكران لا يصح اعتقاده فلم يصح منه ما يقف على الاعتقاد كما لا تصح منه نية الصلاة .

٢٨٢٠٦ - قالوا : معنى يقع به الطلاق .

٢٨٢٠٧ - قلنا : لا نسلم أن الفرقة تقع بالردة وإنما تقع باختلاف الدين وذلك لا

---

(١) انظر : البدائع (١٣٥/٧) وعبارته : وكذلك السكران الذاهب العقل لا تصح ردته استحسانًا ، والقياس أن تصح في حق الأحكام .

(٢) انظر : مغني المحتاج (١٥٤/٥) : والمذهب صحة ردة السكران وإسلامه .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) ما بين المعكوفتين غير واضح في (ص) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

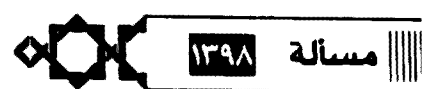
يوجد مع فقد الاعتقاد ولأن الطلاق يقع بمجرد اللفظ الذي لم يقارنه النية كمن جرى الطلاق على لسانه [وهو مكلف والسكران مكلف وقد جرى الطلاق على لسانه فإما][1] الردة فتقع بمجرد الاعتقاد لا باللفظ بدلالة أن المكره على الكفر لا يكفر والسكران لا يعلم منه الاعتقاد .

٢٨٢٠٨ - فإن قيل : فيجب أن لا نحكم بإسلامه .

٢٨٢٠٩ - قلنا : لو علمنا أنه لا يعقل لم يصح إسلامه لأنا نجوز أن يكون يعقل فلا يترك حتى يرجع إلى الكفر بالاحتمال .

* * *

(١) ما بين المعكوفين ساقط من (م) ، (ع) .



مسألة ١٣٩٨

[عرض الإسلام على المرتد]

٢٨٢١٠ - قال أصحابنا [(١)] : يستحب أن يعرض الإسلام على المرتد فإن أسلم وإلا قتل وليس بواجب .

٢٨٢١١ - وقال الشافعي [(٢)] : فيه وجهان وجه أنه يستحب والآخر واجب .

٢٨٢١٢ - لنا : قوله ﷺ : « من بدل دينه فاقتلوه » [(٣)] ولم يعلق القتل بشرط وروي أن ابن مسعود قتل ابن نواحة [(٤)] ولم تعرض عليه التوبة بحضرة الصحابة من غير خلاف ولأنه كافر كفر الدعوة فصار كالحربي ولأن الدعوة إنما تجب إما لإقامة الحجة على الكافر والمرتد قامت عليه الحجة فلا يجب تكرارها .

٢٨٢١٣ - فإن قيل : الحربي إذا بلغته الدعوة ولم يستحب عرض الإسلام عليه [ويستحب العرض على المرتد] [(٥)] .

٢٨٢١٤ - قلنا : لا فرق بينهما لأنه يستحب العرض فيهما جميعًا .

٢٨٢١٥ - فإن قيل : لو كان كذلك لما جاز البيان وسر العادة .

٢٨٢١٦ - قلنا : يستحب العرض إلى أن يؤدي إلى ضرر بالمسلمين فإذا رأى الإمام أن العادة والنيات أصلح سقط الاستحباب حتى لا يؤدي إلى ضرر .

٢٨٢١٧ - فإن قيل : المرتد أخف بدلالة أنه يقف على الإمام وقتل الحربي بجميع المسلمين [(٦)] والمرتد له حكم الإسلام .

٢٨٢١٨ - قلنا : قتل المرتد أغلظ بدليل أن الصحابة قتلوا المرتد [ولا يمثل] [(٧)] أهل الحرب ولا يقر المرتد على كفره بحربه إلى أي دين انتقل احتجوا بحديث أم مروان [(٨)]

(١) انظر : العناية (٩٦/٦) وعبارته : وإذا ارتد المسلم عن الإسلام - والعياذ بالله - عرض عليه الإسلام ، فإن كانت له شبهة كشفت عنه ؛ لأنه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره بأحسن الأمرين ، إلا أن العرض على ما قالوا غير واجب لأن الدعوة بلغته .

(٢) انظر : حاشيتي قليوبي وعميرة (١٧٨/٤) وعبارته : وتجب استتابة المرتد والمرتدة ، وفي قول : تستحب .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) في (ص) : رواحة وهو خطأ .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) [الناس] .

(٧) ما بين المعكوفتين غير واضح في (ص) .

(٨) سبق تخريجه .

وقد تكلمنا عليه .

٢٨٢١٩ - قالوا : مرتد فلا يجوز قتله قبل عرض الإسلام عليه كالمرأة .

٢٨٢٢٠ - قلنا لهم : المرأة لا تقتل بكفرها الأصلي فلا تقتل بالطارئ والرجل يقتل بكفره الأصلي إذا بلغته الدعوة قبل عرض الإسلام وكذلك لا يقتل بالطارئ .

* * *



[عدم إسلام المرتد]

٢٨٢٢١ - قال أصحابنا : إذا عرض الإسلام على المرتد فلم يسلم جاز قتله وإن غلب على ظن الإمام أنه إذا كرر عليه الدعوة أسلم حبسه ثلاثة أيام وهذا أيضًا استحباب وله أن يقتله من إيجاب [١] . وذكر الشافعي : عنا أن التأجيل واجب وليس بصحيح وحكوا من مذهبهم أن التأجيل واجب في أحد القولين [٢] . والدليل على أنه لا يجب قوله ﷺ : « من بدل دينه فاقتلوه » [٣] .

٢٨٢٢٢ - ولأنه كافر بلغته الدعوة فلا يقف قتله على التأجيل كالحربي والذي روى عن عمر أن رجلا قدم عليه من الشام فقال : هل من مغر به ؟ فقال رجل ارتد منا فقتلناه فقال : اللهم اشهد ولم أرض حتى بلغني ، ولو كنت منه ما وليتم لحبسته ثلاثة أيام ثم أعرض عليه الإسلام في كل يوم فإن أسلم وإلا قتلته [٤] . وقد روي أن عثمان بن عفان كتب إلى ابن مسعود في أصحاب عبد الله بن نواحة اعرض عليهم الإسلام فإن أسلموا وإلا اقتلهم ولم يشترط التأجيل .

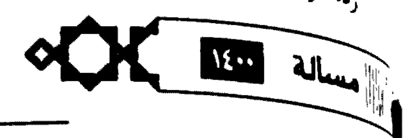
* * *

(١) انظر : العناية (٦٩/٦ - ٧٠) وعبارته : ويحبس ثلاث أيام ، فإن أسلم وإلا قتل . وفي الجامع الصغير : المرتد يعرض عليه الإسلام ، فإن أبى قتل . وتأويل الأول أنه يستمهل فيمهل ثلاثة أيام لأنها مدة ضربت لإبلاء الأعذار . وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أو لم يطلب .

(٢) أنظر : حاشيتي قليوبي وعميره (١٧٨/٤) وعبارته : وتجب استتابة المرتد والمرتدة وفي قول تستحب وهب على القولين في الحال ، وفي قول ثلاثة أيام . وانظر : الأم (٢٩٦/١) وعبارته : والقول الثاني أنه يحبس ثلاثًا .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) أخرجه الشافعي في الأم (٢٩٦/١) .



[ردة الرجل تزيل ملكه]

٢٨٢٢٣ - قال أبو حنيفة ردة الرجل تزيل ملكه عن ماله زوالًا مراعى فإن قتل على ردته أو مات حكمنا بزواله في آخر إسلامه وإن أسلم حكمنا بأن ملكه لم يزل [1] .

وحكى أصحاب الشافعي عن صاحبهم ثلاثة أقوال أحدها مثل قول أبي حنيفة والثاني مثل قول أبي يوسف ومحمد أن حكمه لا يزول والثالث [أنه تزول زوالًا مراعى ومن أصحابه من قال : الملك] [2] لا يزول قولًا واحدا وإنما اختلف القول في التصرف فقال تصرفه جائز ما لم يحجر الحاكم عليه والثاني أن تصرفه باطل ويصير محجورا عليه حجر السفيه والثالث أن يكون متوقفًا [3] .

٢٨٢٢٤ - لنا : قوله ﷺ : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإن قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم » [4] فعلق عصمة الدم والمال بالإسلام فإذا ترك الإسلام زالت العصمة ولأنه كفر أباح الدم فأثر في حكم الملك [أصله كفر الحربي ولأن حكم الفيء يتناول ماله باتفاق عندنا فيما استفاد في حالة الردة وعندهم في جميع ماله وهذا المعنى يؤثر في حكم الملك] [5] ، ليس له ملك تام فلهذا التأثير في الملك ولم يعلل لزواله ولأن الردة معنى يزيل الملك فأثر في إزالة الملك عن المال أصله الموت .

٢٨٢٢٥ - احتجوا : بأنه كفر بعد إيمان فوجب أن لا يزيل الملك أصله ردة المرأة .

٢٨٢٢٦ - قلنا : نقول بموجبه لأن الكفر لا يزيل الملك حتى ينضم إليه معنى آخر

---

(١) انظر : فتح القدير : (٧٦/٦) وعبارته : وإن مات أو قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في إسلامه إلى ورثته المسلمين ، وكل ما اكتسبه في حال ردته فيئا . وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : كلاهما لورثته .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ع) .

(٣) انظر : تحفة المحتاج (١٠٠/٩ - ١٠١) وعبارته : وفي زوال ملكه عن ماله بها أي الردة أقوال أحدها : يزول مطلقًا حقيقة . ولا ينافيه عوده بالإسلام لأنه مجمع عليه ثانيهما : لا مطلقا . وثالثها وهو أظهرها إن هلك مرتدًا بأن زوال ملكه ، وإن أسلم بأن أنه لم يزل . إلى أن قال : وظاهر كلامه أنه بمجرد الردة يصير محجورًا عليه وهو وجه . والأصح أنه لابد من ضرب الحاكم الحجر عليه وإنه كحجر المفلس ؛ لأنه لأجل حق الفيء . هذا ما ذكره شارح وهو ضعيف والمعتمد أن ما لا يقبل الوقف يبطل مطلقًا . وإن ما يقبله إن حجر عليه وإلا وقف .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

وهو الموت أو اللحاق بدار الحرب وردة المرأة إذا انضم إليها معنى آخر زال الملك بها عندنا لأن الحاكم إذا حكم بقتلها ومن مذهبه أن الردة تزيل الملك في الرجل زال الملك في بامرأة لأن المرأة لا يستباح دمها بكفرها الأصلي فلا يؤثر كفرها الطارئ في زوال الملك عن مالها ولما كان الرجل يستباح دمه بكفره الأصلي جاز أن يؤثر كفره الطارئ في حكم إملاكه ولأن كفر المرأة الطارئ لا يزيل ملكها عن بعض المملوكات فلا يزال ملكها عن نفسها وكفر الرجل لما أزال ملكه عن الاستباحة جاز أن يؤثر في ملك الآخر .

٢٨٢٢٧ - قالوا : كل معنى لا يمنع ابتداء الملك لا يمنع استدامة الملك والمرتد يملك ما يكسبه في حال ردته باتفاق فلا يزول ملكه عما كان لأن الاستدامة أقوى من الابتداء .

٢٨٢٢٨ - قلنا : المرتد عندنا ملكه إما بكسبه مراعى وإما يثبت له حكم الملك ولذلك يبقى له حكم الملك في ما كان له حال الإسلام بدلالة أنه لو ادعى ولد جاريته ثبت النسب فإن أسلم استقر ملكه في المالين .

٢٨٢٢٩ - فإن قيل : بطل حكم الملك في المالين .

٢٨٢٣٠ - فعلى هذا قد استوى حكم الابتداء والبقاء .

* * *

[المرتدة إذا لحقت بدار الحرب]

٢٨٢٣١ - قال أصحابنا : المرتدة إذا لحقت بدار الحرب استرقت [١] .

٢٨٢٣٢ - وقال الشافعي : لا يجوز استرقاقها [٢] . لنا : ما ذكر الواقدي أن مسيلمة لما قتل نزع [٣] خالد بن الوليد عن الحصون وألبسوا النساء والصبيان السلاح وصفوهم على الحصون فقدرهم رجالًا فصالحهم على أن الصفراء والبيضاء والحلقة [٤] ونصف الساق وأنه جميع السبي فضرب عليهم السهام فجرح منهم الخمس وعليه مكتوب لله [٥] فأسند الواقدي لامرأة منهم مسلم لم تبق إلا السياسة لذي الخف والحافر وجعل تركه إليه خمس متى تدع تستأجر [٦] . قال الواقدي : حدثنا ابن أبي الزياد عن هشام ابن عروة عن فاطمة بنت المنذر عن أسماء بنت أبي بكر الصديق قالت رأيت أم محمد ابن علي في ذلك السبي [٧] وذكرنا نستأذن [٨] أن أم زيد بن عمر بن الخطاب من ذلك السبي وهذا أمر أجمعوا عليه ولم ينكره أحد منهم .

٢٨٢٣٣ - فإن قيل : يحتمل أن تكون أم محمد بن علي كانت من رفقتهم فقتل ما لها فصارت فيئًا [٩] الصلح وقع على استرقاق نصف النساء كما وقع على الذهب والفضة والسلاح وهذا يمنع التخصيص ولأنه دين لا نقر عليه بالجزية فجاز نساؤهم كعبدة الأوثان من العرب ولأن الكفر على ضربين أصلي وطارئ فإذا جاز أن يسترق النساء في أحد النوعين جاز مثله في الآخر ولأن من أصلنا أنها لا تقتل وكل كافر يجوز أن يسترق والحربية لأن القتل والاسترقاق كل واحد منهما عقوبة للبقاء على الكفر فإذا

---

(١) انظر : المبسوط (١١٢/١٠) وإذا ثبت أن المرتدة لا تقتل قلنا تسترق إذا لحقت بدار الحرب لاتفاق الصحابة ﷺ .

(٢) الأم (٢٩٥/١) وعبارته : ومن انتقل من الشرك إلى الإيمان ثم انتقل عن الإيمان إلى الشرك من بالغي الرجال والنساء استتيب فإن تاب قبل منه وإن لم يتب قتل .

(٣) غير واضحة في (ص) .

(٤) الحلقة : كل أنواع السلاح .

(٥) أخرجه الزيلعي في نصب الراية (٤٥٠/٤) وعزاه للواقدي وقال : رواه الواقدي في « كتاب الردة » له .

(٦) ما بين المعكوفتين غير واضح في (ص) .

(٧) أخرجه الزيلعي في نصب الراية (٤٥٠/٤) وعزاه للواقدي في كتاب الردة .

(٨) غير واضحة في (ص) .

(٩) غير واضحة في (ص) .

جاز أن يثبت أحد الأمرين في المرتدين جاز أن يثبت الآخر .

٢٨٢٣٤ - احتجوا : بقوله ﷺ : « من بدل دينه فاقتلوه »[1] والأمر بالقتل يمنع من الاسترقاق . قلنا : لا يتساويان بدلالة أنه تعالى قال : ﴿ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ ﴾[2] لم يمنع ذلك من استرقاقهم ولأن رقيقًا يجب قتلهم بالقصاص والردة فلا ينفي وجوب القتل الاسترقاق لجواز أن نسترقهم ثم نقتلهم ولأن الدلالة دلت عندنا أن المرتدة لا تقتل بالخبر مخصوص وإذا لم يتناول العموم المرتدة سقط الاستدلال .

٢٨٢٣٥ - قالوا : كفرت بعد إيمانها فلم يجز استرقاقها كالرجل .

٢٨٢٣٦ - قلنا : الكفر بعد الإيمان يقتضي إعادتها إلى كفر الأصل لا يمنع الاسترقاق [وردة الرجل لا ترده إلى كفر الأصل وذلك يمنع الاسترقاق][3] إذا لم يجزه إقراره بالجزية ولأن الرجل يستعان في القتل غالبًا فلم يسترق بعد ردته والمرأة لا يستعان بها في القتل غالبًا فجاز استرقاقها بعد ردتها . قالوا : من يكره على الإسلام لا يسترق كالرجل .

٢٨٢٣٧ - قلنا : الإجبار على الإسلام لا ينفي الاسترقاق في النساء لأن الإجبار تشديد وعقوبة فلا ينفي أحدهما الآخر .

٢٨٢٣٨ - قالوا : لا يجوز استرقاقها في دار الإسلام للإسلام السابق فلا يجوز في دار الحرب كالرجل .

٢٨٢٣٩ - قلنا : الوصف غير مسلم لأنها إذا لحقت بدار الحرب ثم عادت مغيرة أو متلصصة استرقت ؛ ولأن عندنا الرجل لا يسترق وليس لإسلامه السابق لكن لأنه على دين لا يقر عليه بجزية وإذا بطل هذا الوصف انفصل العلة بالذمي ينقض العهد في دارنا فلا يسترق ولو نقض ولحق بدار الحرب استرق .

* * *

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) سورة التوبة : الآية ٥ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) (ع) .



[وجود اللقيط في دار الإسلام]

٢٨٢٤٠ - قال أصحابنا : إذا وجد اللقيط في دار الإسلام فبلغ وهو لا يعتقد دينا ولا يصفه أجبر على الإسلام ولم يقتل [١] .

٢٨٢٤١ - وقال الشافعي : يقتل [٢] . لنا : أنه يحتمل أن يكون من أولاد المسلمين ويحتمل أن يكون من أولاد الكفار فلم يجز قتله بالسيف ولأنه لم يثبت له حكم الإسلام بنفسه فلم يقتل بإظهار الكفر كالصبي إذا ارتد .

٢٨٢٤٢ - احتجوا : بأنه محكوم بإسلامه بالدار فصار كمن حكمنا بإسلامه بنفسه .

٢٨٢٤٣ - قلنا : التزم الإنسان بنفسه .

* * *

(١) انظر : فتح القدير (٩٨/٦) وعبارته : اللقيط في دار الإسلام محكوم بإسلامه . ولو بلغ كافرا أجبر على الإسلام ولا يقتل كالمولود بين المسلمين إذا بلغ كافرا .

(٢) انظر حاشيتي قليوبي وعميرة (١٢٩/٣) وعبارته : فإن بلغ ووصف كفرا فمرتد .



[أولاد المرتد في دار الإسلام]

٢٨٢٤٤ - قال أصحابنا : أولاد المرتد في دار الإسلام إذا لحق بهم لم يسترقوا وما ولد له في دار الحرب من مرتدة أو كافرة يسترق [1] .

٢٨٢٤٥ - وللشافعي قولان ؛ أحدهما يسترق الجميع أما المتولد في دار الحرب [فلأنه مولود في دار الحرب] [2] بين كفار فجاز أن يسترق [كولد أهل الحرب [3] .

٢٨٢٤٦ - فإن قيل : المعنى في ولد الحربي أن أباه يسترق فجاز أن يسترق] [4] ولده والمرتد لا يجوز استرقاق ابنه لحرمة الإسلام [فلا يسترق ولده .

٢٨٢٤٧ - قلنا : لا نسلم أن المرتد لا يسترق لحرمة الإسلام بل لأنه] [5] على دين لا يقر عليه بجزية ولأن حكم الولد والوالد مختلف في الاسترقاق بدليل أن الحربى إذا أسلم لم يسترق [وأولاد الكفار يسترقون] [6] وعندنا حمل زوجته رقيق ولو أسلم فعلمنا أن أحدهما ينفرد في الاسترقاق عن الآخر .

٢٨٢٤٨ - وأما ما ولد في دار الإسلام فلأنه مولود في دارنا فلا يسترق بكفر أبيه كأولاد أهل الذمة .

٢٨٢٤٩ - احتجوا : بأنه تابع لا يجوز استرقاق ابنه لحرمة الإسلام فلا يجوز استرقاقه كما لو كانت أمه مسلمة كالمولود في دار الإسلام .

٢٨٢٥٠ - قلنا : إذ كانت أمه مسلمة فهو مسلم بإسلامها فلم يجز أن يبدأه بالاسترقاق .

---

(١) انظر : المبسوط (١١٦/١٠) وعبارته : وإذا ارتد الزوجان وذهبا إلى دار الحرب بولدهما الصغير ثم ظهر عليهما المسلمون فالولد فيء - إلى أن قال - : وإن كان الأب ذهب به وحده والأم مسلمة في دار الإسلام لم يكن الولد فيئا لأنه يقر مسلما تبعا لأمه .

(٢)ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٣) حاشيتي قليوبي وعميرة (١٧٩/٤) وعبارته : وولد المرتد إن انعقد قبلها أي الردة أو بعدها وأحد أبويه مسلم فمسلم بالتبعية أو أبواه مرتدان فمسلم لبقاء علقة الإسلام فيهما . وفي قول مرتد بالتبعية وفي قول كافر أصلي قلت الأظهر مرتد .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

٢٨٢٥١ - قالوا : وإذا كان أبوه مرتدًا فقد ثبت لابنه حرمة الإسلام فكذلك الولد .

٢٨٢٥٢ - قلنا : لا نسلم أن المرتد لا يسترق لحرمة الإسلام لأنه منع هذه الحرمة وأطعمها [1] وصار حكمه أغلظ من حكم الكافر الأصلي . والمعنى فيمن ولد في دارنا أنه لم يعرف والده لم يسترق فإذا عرف لم يجز الاسترقاق عليه لكفرهما والمولود في دار الحرب لو لم يعرف أبواه استرق فإذا عرفاه وهما كافران لم يسترق .

• • •

(١) غير واضحة في (ص) .



مسألة ١٤٠٤

[إذا ارتد الصبي]

٢٨٢٥٣ - قال أبو حنيفة ومحمد : إذا ارتد الصبي وهو يعقل الكفر والإسلام صحت ردته وقال أبو يوسف وزفر لا تصح ردته [١] .

٢٨٢٥٤ - وقال أبو يوسف وزفر : لا تصح ردته وبه قال الشافعي [٢] : لنا أنه قد ثبت من أصولنا أنه يصح إسلامه وكل من صح إسلامه صح إذا اعتقد الردة حكم بردته كالبالغ ولأنه إذا ملك الإسلام وهو عقد صح [مؤجله فعقد البيع] [٣] ولأنه يعقل الكفر والإسلام [ويرد عليه السنة] [٤] كالبالغ ولأن الكفر يتعلق بالعقل لا بالبلوغ بدلالة أن المجنون لا يتعلق بردته حكم لفقد عقله فإذا وجد كمال العقل في الصغير حكم بردته ولأنه من انعقدت صلاته صحت ردته كالبالغ .

٢٨٢٥٥ - احتجوا : بقوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث : وعن الصبي حتى يحتلم » [٥] .

٢٨٢٥٦ - قلنا : هذا يقتضي رفع الشرعيات بدلالة ما قدمنا .

٢٨٢٥٧ - قالوا : غير مكلف فوجب أن لا تصح ردته كالمجنون .

٢٨٢٥٨ - قلنا : إن أردتم غير مكلف للعقليات لم نسلم ذلك وإن أردتم أنه غير مكلف للشرعيات فسقوط التكليف الشرعي لا يمنع ثبوت التكليف العقلي كما قبل بعثة الرسل . والمعنى في المجنون أنه غير كامل العقل كذلك الصبي لأنه عاقل كالبالغ .

٢٨٢٥٩ - قالوا : لا يصح إقراره ولا يصح طلاقه ولا يصح عقوده فوجب أن لا تصح ردته كالمجنون .

٢٨٢٦٠ - قلنا : عندنا يصح إذا أذن له في التجارة ويصح عقوده فلا نسلم ولأن وقوع الطلاق وصحة العقود حكم شرعي فلا يستدل به على نفي الأحكام العقلية والمعنى في المجنون ما قدمنا .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (٢٩٣/٣) وعبارته : وارتداد الصبي العاقل صحيح كإسلامه ويجبر عليه ولا يقتل وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف : ارتداده ليس بارتداد وإسلامه إسلام .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٤٣٣/٥) وعبارته : لا تصح ردة صبي ولو مميزا .

(٣ ، ٤) ما بين المعكوفتين غير واضح في (ص) .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (١٤٠/٤) برقم ٤٤٠١ .

٢٨٢٦١ - قالوا : لا يقتل بردته فلا تصح ردته .

٢٨٢٦٢ - قلنا : وجوب القتل من الأحكام الشرعية فلا يستدل بعدمها على انتفاء الحكم العقلي ؛ لأن سبب القتل إذا وجد من الصبي فلم يتعلق به القتل الذي هو عقوبة لم يمنع تعلق الأحكام به كالقتل .

٢٨٢٦٣ - فإن قيل : القتل فعل والردة قول ولهذا يصح استيلاد [1] المجنون ولا يصح عقابه .

٢٨٢٦٤ - قلنا : هذا غير صحيح لأن الردة هي الاعتقاد وذلك فعل القلب فلم يصح الفرق .

* * *

(١) غير واضحة في (ص) .



[إحصان المسلم إذا ارتد]

٢٨٢٦٥ - قال أبو حنيفة ومحمد : إذا ارتد المسلم يبطل إحصانه [١] .

٢٨٢٦٦ - وقال أبو يوسف : لا يبطل وبه قال الشافعي [٢] . وهذه مسألة مبنية على أن الإسلام من شرائط الإحصان . فإذا زال بطل الإحصان . ومن ليس بمحصن لا يعتد بوطئه المتقدم حتى يجدد الوطء كمن وطئ عبد ثم أعتق ، ولأن إحصانه زال بالردة بدلالة قوله ﷺ : « من أشرك بالله فليس بمحصن » [٣] وإذا زال الإحصان لم يعتد بالوطء المتقدم على كمال الشرائط كما لا يعتد بوطء العبد قبل عتقه . ولا يلزم إذا جن المحصن ثم زال جنونه لأن أبا بكر الرازي [٤] قال : لا نعرف فيه رواية وقياس هذه المسألة يقتضي أن يبطل الإحصان .

٢٨٢٦٧ - احتجوا : بقوله ﷺ : « الثيب بالثيب الجلد والرجم » [٥] .

٢٨٢٦٨ - قلنا : المراد بالثيب المحصن ، ونحن لا نسلم وجود الإحصان .

٢٨٢٦٩ - قالوا : زنى بعد الإحصان كما لو زنى قبل الردة .

٢٨٢٧٠ - قلنا : إن قلتم إنه زنى بعد الإحصان وهو محصن لم نسلم . وإن لم تريدوا هذا بطل بالمحصن إذا جن فزنى بعد جنونه .

٢٨٢٧١ - فإن قالوا : فعله ليس بزنى . قلنا : لأن الأحكام لا تتعلق به لأن الزنى اسم لغوي والأحكام لا تعرفها أهل اللغة .

---

(١) انظر : المبسوط (١٥٢/٥) وعبارته : ولو دخل مسلم بامرأته المسلمة ثم ارتدا والعياذ بالله - بطل إحصانهما .

(٢) انظر : أسنى المطالب (١٢٩/٤) وعبارته : لو زنى مرتد في حال ردته أو قبلها ثم أسلم حد ولا تبطل ردته إحصانه .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢١٦/٨) برقم ١٦٧١٤ .

(٤) هو : الإمام العلامة المفتي المجتهد عالم العراق أبو بكر أحمد بن علي الرازي الحنفي صاحب التصانيف تفقه بأبي الحسن الكرخي وكان صاحب حديث ورحلة لقي أبي العباس الأصم وطبقته بنيسابور وعبد الباقي ابن قانع ودعلج بن أحمد وعدة بأصبهان وصنف وجمع وتخرج به الأصحاب ببغداد وإليه المنتهى في معرفة المذهب وكان من براعته في العلم ذا زهد وتعبد عرض عليه قضاء القضاة فامتنع منه مات في ذي الحجة سنة ٣٧٠ هـ وله ٦٥ سنة . انظر : سير أعلام النبلاء (٤١١/١٢ - ٤١٢) .

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه ١٣١٦/٣ برقم ١٦٩٠ .

٢٨٢٧٢ - قالوا : أحد الإحصانين كإحصان القذف ولو ارتد المحصن [ثم أسلم حد قاذفه] [١] كذلك هذا الإحصان يعود .

٢٨٢٧٣ - قلنا : الإحصان في الرجم اغلظ لكثرة شرائطه . وإحصان القذف أضعف لقلة الشرائط فلم يعتبر أحدهما بالآخر . ولأن فقد أحد شرائط الإحصان العد [٢] ؛ فلا يؤثر في غيره من الشرائط . فإذا ارتد ثم أسلم ، عاد إلى ما كان عليه . وإحصان الرجم يؤثر فقد بعضه للشرائط ؛ بدلالة أن من وطئ وهو عبد لم يعتد بذلك الوطء بعد عتقه حتى يستأنف ، فإذا ارتد أثر الكفر في الوطء ، فلم لزمه من أن يتجدد بعد الإسلام .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين مكرر في (ص) .

(٢) غير واضحة في (ص) .



[تحيز المرتدين بدار ثم أسلموا]

٢٨٢٧٤ - قال أصحابنا : إذا تحيز المرتدون بدار ثم أسلموا لم يطالبوا بما أسلفوا في حال التحيز من نفس ولا مال [١] .

٢٨٢٧٥ - وقال الشافعي : يؤخذون بذلك [٢] .

٢٨٢٧٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓا۟ إِن يَنتَهُوا۟ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ ﴾ [٣] ولم يفصل . ولأن أصحاب النبي ﷺ قاتلوا أهل الردة فقتل من وجوه المسلمين ألف ومائتان منهم أبو حذيفة وسالم وزيد بن الخطاب وعكاشة فلما تابوا لم يطالبوا بالقصاص ولا بالضمان ولو كان واجبا لطولبوا به ، ولأنهم تحيزوا بالدين والدار فصاروا كأهل الحرب .

٢٨٢٧٧ - احتجوا : بالظواهر التي تدل على وجوب القصاص والضمان .

٢٨٢٧٨ - قلنا : إن هذه الظواهر تدل على خطاب من نقدر على مطالبته عقيب القتل .

٢٨٢٧٩ - قالوا : روي عن أبي بكر أنه قال : تفدون قتلانا ولا نفدي قتلاكم [٤] .

٢٨٢٨٠ - قلنا : خالفه عمر على ذلك فرجع أبو بكر إلى قوله .

٢٨٢٨١ - قالوا : التزموا بالإسلام الضمان فلم يسقط بالردة كما لو كان في دار الإسلام .

٢٨٢٨٢ - قلنا : الضمان لا يجب بالالتزام بدلالة أن صبيان المسلمين يضمنون الإتلاف ولم يلتزموا .

٢٨٢٨٣ - والمعنى في دار الحرب أن الإتلاف حصل في مكان يمكن المطالبة وهذا لا يوجد في دار الحرب .

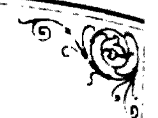
---

(١) انظر : المبسوط (١١٧/١٠ - ١١٨) وعبارته : وإذا منع المرتدون دارهم وصارت دار كفر ثم لحقوا بدار الحرب فأصابوا سبايا منهم وأصابوا مالا من أموال المسلمين وأهل الذمة ثم أسلموا كان ذلك كله لهم .

(٢) انظر : الأم (١٩٩/٤) وعبارته : الرجل إذا أسلم أو القوم إذا أسلموا ثم ارتدوا وحاربوا أو امتنعوا وقتلوا ثم ظهر عليهم أقيد منهم في الدماء والجراح وضمنوا الأموال تابوا أو لم يتوبوا .
قال الربيع : وهذا عندي أشبههما بقوله عندي في موضع آخر .

(٣) سورة الأنفال : الآية ٣٨ .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤٣٦/٦) برقم ٣٢٧٣١ .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَة

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب الحدود




مسألة (١) ١٤٠٧

[حد الزاني البكر]

٢٨٢٨٤ - قال أصحابنا : إذا زنا (٢) البكر فحده الجلد ، والتغريب (٣) ليس بحد ، فإن رأى ذلك الإمام مصلحة فعله على وجه التعزير .

٢٨٢٨٥ - وقال الشافعي : هي سنة حد البكر مع الجلد يستوي فيه الرجل والمرأة (٤) . ولهم في المملوكة قولان .

٢٨٢٨٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ ﴾ (٥) . ظاهر الآية أنه جميع الحد الواجب عليهما . فمن قال إنه بعض الحد فقد خالف الظاهر .

٢٨٢٨٧ - فإن قيل : لا يمنع أن يبين بعض الحد ويكل الباقي إلى بيان ، كما قال :

---

(١) الحدود لغة : جمع حد ، وأصله المنع والفصل بين الشيئين ، ومن قوله تعالى ﴿ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَقْرَبُوهَا ﴾ (البقرة : ١٨٧) . ومعناه أيضًا : الصرف عن الشيء من الخير والشر . انظر : لسان العرب مادة « حدد » (٧٩٩/٢) . وشرعًا : اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفه : فعرفه الحنفية : بأنه العقوبة المقدرة حقًا لله تعالى فلا يسمى القصاص حدًا ، لأنه حق العبد وكذا التعزير لعدم التقدير . وهذا الاصطلاح المشهور وعليه عامة المشايخ . وفي اصطلاح آخر : هو العقوبة المقدرة شرعًا . فيدخل فيه القصاص . وعليه فالحدود قسمان : قسم يصح فيه العفو وهو القصاص وقسم لا يقبله وهو ما عداه . انظر : فتح القدير (٢١٢/٥) . وعرفه المالكية : بأنه ما وضع لمنع الجاني من عوده لمثل فعله وزجر غيره . انظر : الفواكه الدواني (١٧٨/٢) . وعرفه الشافعية : بأنه عقوبة مقدرة وجبت زجرًا عن ارتكاب ما يوجبه . انظر : مغني المحتاج (٤٦٠/٥) ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٥٢٢/٢) . وعرفه الحنابلة : بأنه عقوبة مقدرة لتمنع من الوقوع في مثله . انظر : المبدع في شرح المقنع (٤٣/٩) .

(٢) والزنا في اللغة : زنى يزني زنًا مقصور فهو زان . والجمع زنى . وهو يقصر ويمد . والقصر لغة الحجاز . والمد لغة نجد . والزنية بالفتح المرة من الزنا . وزناة وتزنية نسبة إلى الزنا . انظر : المصباح المنير مادة « زنى » (٣٥٠/١) . وشرعًا : اختلف الفقهاء في تعريفه حسب وجهة نظر كل واحد منهم كما يلي : فعرفه الحنفية : بأنه قضاء الرجل شهوته محرمًا في قبل المرأة الخالي عن الملكين وشبهتهما وشبهة الاشتباه ، أو تمكين المرأة لمثل هذا الفعل . انظر : الفتاوى الهندية (١٤٣/٢) . وعرفه المالكية : بأنه وطء مكلف مسلم فرج آدمي لا ملك فيه باتفاق تعمدًا . انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣١٣/٤) . وعرفه الشافعية : بأنه إيلاج الحشفة أو قدرها من فاقدها في فرج آدمي حي قُبل أو دبر ذكر أو أنثى مع علمه تحريمه . انظر : إعانة الطالبين في حل ألفاظ فتح المعين (١٤٢/٤) . وعرفه الحنابلة : بأنه فعل الفاحشة في قبل أو دبر . انظر : كشاف القناع عن متن الإقناع (٨٩/٦) .

(٣) في (م) : [التعزير] .

(٤) انظر : الأم (١٩٠/٧) .

(٥) سورة النور : الآية ٢ .

﴿ وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ ﴾ [(١)] ولم يبين القصاص ، وكما ذكر قطع السارق ووكل بيان القدر والحرز إلى السنة .

٢٨٢٨٨ - قلنا : الظاهر في جميع هذا أنه بيان جملة الواجب لولا قيام الدليل .

٢٨٢٨٩ - ولأنه لم يذكر القصاص لأنه عم قتل العمد وذكر الحكم المتعلق بعمومه . وأما القصاص والضمان فيختص ببعضه دون بعض فلذلك لم يذكره ، وأما السارق فقد بين فيه جميع الحد وإنما لم يبين الشرائط كما لم يبين صفة الضرب في مسألتنا ولا قدر مسافة التغريب .

٢٨٢٩٠ - ووجه ثان [(٢)] من الآية : وهو أن [(٣)] إيجاب التعزير حد يوجب تعيين الحكم المذكور في الآية ويجعله بعض الحد وذلك نسخ عندنا . ونسخ القرآن لا يجوز إلا بما يجوز إثبات القرآن به وعند مخالفنا لا [(٤)] يجوز نسخ القرآن .

٢٨٢٩١ - فإن قيل : هذا ليس بنسخ لأنه لو ضم إليه في الإيجاب صح ، والنسخ بعض ما ينافي الحكم .

٢٨٢٩٢ - قلنا : ضم التغريب بعد استقرار وجوب [الحد] ينافي الحكم [(٥)] ، لما بينا أنه يجعل الجلد بعض الحد . والحد كان جميعه فلو وردا معًا لم يتنافيا لأنه حكم واحد ، فإذا استقر أحدهما ثم ورد الآخر غيب حكمه وكان نسخًا ؛ ويدل عليه : ما روى أبو هريرة وزيد بن خالد الجهني : أنه [ﷺ] سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن . فقال « إن زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فاجلدوها ، ثم بيعوها ولو بضفير [(٦)] » [(٧)] فأمر بجلد الأمة ولم يأمر بتغريبها .

٢٨٢٩٣ - فإن زعموا أنها لا تغرب دل ذلك على أن التغريب ليس بحد في الحرة ، لأن الله تعالى أوجب على الأمة نصف حد الحرة المتبعض [(٨)] كقوله تعالى ﴿ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ ﴾ [(٩)] .

٢٨٢٩٤ - فإن قال : أنها تنفي بعض سنة أو نصفها ؛ فالخبر يبطل قوله .

---

(١) سورة النساء : الآية ٢ .
(٢) في (ص) ، (م) : [ثاني] .
(٣) ساقطة من (م) .
(٤) ساقطة من (ص) .
(٥) ما بين المعكوفتين في (م) الجلد .
(٦) الضفير : هو الحبل المفتول المنسوج من الشعر . انظر : ترتيب القاموس المحيط مادة (ضفر) .
(٧) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٠٩/٦) برقم ٦٤٤٧ ، ومسلم في صحيحه (١٣٢٩/٣) برقم ١٧٠٤ .
(٨) في (م) : [التبعض] .
(٩) سورة النساء : الآية ٢٥ .

٢٨٢٩٥ - فإن قيل : إنا تنفي الجلد الذي كان المولى لا يملكه ، وسكت عن التغريب لأن المولى يملكه قبل ذلك .

٢٨٢٩٦ - قلنا : المولى [١] لا يملكه قبل ذلك حدًّا كما كان يملك الحد تأديبًا فيبينه له حدًّا . فلو كان التغريب حدًّا لبينه .

٢٨٢٩٧ - ولأنه نوع زنا فلا يجمع [٢] به عقوبتان في جنس على وجه الحد كزنا الثيب . ولأنه حد واجب فلا يجمع [٣] فيه بين التغريب والجلد على وجه الحد كحد القذف . أو نقول فلا يجمع فيه بين التغريب وعقوبة أخرى على وجه الحد كالقطع . وقد دل على الأصلين ظاهر القرآن ، وجلد عمر بن الخطاب في قصة المغيرة الشهود ولم ينفهم .

٢٨٢٩٨ - فإن قيل : سائر الحدود لم يشرع فيها النفي .

٢٨٢٩٩ - قلنا [٤] : لم نسلم ذلك بل يجوز للإمام أن ينفي في جميعها على وجه التعزير إذا رأى ذلك .

٢٨٣٠٠ - فإن قيل : الزنا أغلظ من سائر الحدود .

٢٨٣٠١ - قلنا : قطع [٥] الطريق أغلظ [٦] ولا يجتمع التغريب مع عقوبة أخرى . وزنا الثيب أغلظ من البكر ولم يوجد ضم إلى الرجم . ولأن ما يثبت بنفسه في قاطع الطريق عقوبة لم يضم إلى الجلد في الزنا على طريق الحد كالقطع .

٢٨٣٠٢ - احتج المخالف : بحديث عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قال : « خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلًا . البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام . والثيب بالثيب الجلد والرجم » [٧] .

٢٨٣٠٣ - والجواب : أن هذا الخبر متقدم على الآية . لأنه ﷺ قال : « خذوا عني » . ولو كانت الآية نزلت : لقال : خذوا عن القرآن . ولأن الخبر بيان للسبيل المذكور في قوله ﴿ أَوْ يَجْعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ﴾ [٨] فدل على أنه لم يتقدم هذا البيان إلا ما ذكر في سورة النساء من قوله : ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ فِى ٱلْبُيُوتِ ﴾ [٩] .

---

(١) في (م) : [الولي] .
(٢، ٣) في (م) : [يجتمع] .
(٤) ساقطة من (م) .
(٥) في (م) : [قاطع] .
(٦) في (م) : [مغلظ] .
(٧) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣١٦/٣) برقم ١٦٩٠ .
(٨، ٩) سورة النساء : الآية ١٥ .

٢٨٣٠٤ - وإذا تقدم على الآية صارت ناسخة [الخبر] [١] . والذي يبين أنها من أول ما نزلت [٢] . لأنه ذكر في حد الثيب الجلد مع الرجم وذلك منسوخ باتفاق . ولأن الخبر إن تقدم الآية نسخته [٣] . وإن تأخر عنها نسخها كما بينا . ولو ورد معها لوجب أن ينقل كنقلها [٤] .

٢٨٣٠٥ - احتجوا : بما روى أبو هريرة وزيد بن خالد الجهني : أن رجلًا اختصم هو وآخر إلى النبي ﷺ . فقال أحدهما : اقض بيننا بكتاب الله . وقال الآخر وهو أفقههما [٥] : أجل يا رسول الله . واقض [٦] بيننا بكتاب الله . وائذن لي أن أتكلم . فقال : تكلم . فقال : إن ابني كان عسيفًا [٧] على هذا فزنا بامرأته . فأخبروني أن على ابني الرجم . فافتديته منه بمائة شاة وبجارية لي [٨] . ثم إني سألت أهل العلم فأخبروني : أن على ابني جلد [٩] مائة وتغريب عام . وأن الرجم على امرأته . فقال ﷺ : « والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله . أما غنمك وجاريتك فرد إليك » . وجلد ابنه مائة وغربه عامًا . وأمر أنيسًا الأسلمي أن يأتي امرأة الآخر فإن اعترفت رجمها. فاعترفت فرجمها [١٠] .

٢٨٣٠٦ - قلنا : هذا حكم على خبر عبادة . وقد بينا أن الآية تأخرت عنه .

٢٨٣٠٧ - فإن قيل : إنه ﷺ قال : « لأحكمن بكتاب الله » .

٢٨٣٠٨ - قلنا : المراد بكتاب الله حكمه . بدلالة أن [١١] التغريب ليس في كتاب الله . ولأن نفيه يحتمل أن يكون على وجه الحد . ويحتمل أن يكون على طريق التعزير. وهذا لا نمنع منه .

٢٨٣٠٩ - فإن قيل : ظاهر الخبر يقتضي أن التغريب متعلق بالزنى .

---

(١) ما بين المعكوفتين تصويب من فتح القدير (٢٤١/٥) ، وفي (ص)، (م) : [للتعزير] ؛ حيث لم يقل أحد بنسخ التعزير .

(٢) في (م) : [أنزلت] .

(٣) في (م) : [لأن نسخه] .

(٤) في (م) : [لنقلها] .

(٥) في (م) : [وهن فقهمها] .

(٦) في (م) فاقض .

(٧) العسيف : هو الأجير والعبد المستهان به . انظر : ترتيب القاموس المحيط مادة (عسف) .

(٨) ساقطة من (ص) واستدركت في الهامش ، ولكنها مطموسة بالهامش .

(٩) ساقطة من (م) ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(١٠) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٠٢/٦) برقم ٦٤٤٠ ، ومسلم في صحيحه (١٣٢٤/٣ - ١٣٢٥) برقم (١٦٩٧ ، ١٦٩٨) .

(١١) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

٢٨٣١٠ - قلنا : كذلك نقول إذا رأى الإمام ذلك تعلق بالزنا لا برأي الإمام .

٢٨٣١١ - قالوا : [أبو بكر] [١] جلد وغرب إلى فدك . وكذلك عمر [٢] . وروى أن عثمان جلد وغرب إلى مصر [٣] . وروي أن عليًا غرب من الكوفة إلى البصرة [٤] .

٢٨٣١٢ - قلنا : فعلوا ذلك على طريق التعزير . كما روي أنه ﷺ نفى هِيت [٥] المخنث [٦] ونفى عمر بن الخطاب نصر بن حجاج [٧] . لأن امرأة شببت [٨] بذكره [٩] لما رأى في ذلك من المصلحة وهي الفساد .

٢٨٣١٣ - يبين ذلك أن الحد لم [١٠] يتناول النفي مقصودها . والمقصود من النفي قدر المسافة . وذلك موكول إلى اجتهاد الإمام بعد الضرب في التأديب . على أن عمر بن الخطاب نفى في الخمر ربيعة بن أمية بن خلف [١١] إلى خيبر فلحق بهرقل . فلما بلغ ذلك عمر . قال : [لا أغرب] [١٢] بعدها أحدًا [١٣] . ولو كان التغريب حدًّا لم يجز تركه .

---

(١) في (م) : [لنا بالبكر] .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٨٢٦/٢) برقم ١٥٠٩ .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٨٣/١٠) برقم ٨٨٤٧ .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٢٣/٨) ، وعبد الرزاق في مصنفه (٣١٤/٧) برقم ١٣٣٢٣ .

(٥) هيت : اختلف في اسمه . فقال ابن جريج وابن عيينة : اسمه هيت . وقيل بفتح الهاء . وقيل هنب . وصوبه ابن درستويه ، وقال : ما سواه تصحيف . وقيل : اسمه ماتع . وهو مولى عبد الله بن أمية . انظر : عمدة القاري شرح صحيح البخاري (٣١٧/١٤) وأسد الغابة (٥/٥) .

(٦) المثبت من مصدر التخريج ، وفي جميع النسخ : [الحمية] . والحديث أخرجه البخاري في صحيحه (١٥٧٢/٤) برقم ٤٠٦٩ ، ومسلم في صحيحه (١٧١٥/٤) برقم ٢١٨٠ .

(٧) هو : نصر بن علاط السلمي ثم البهزي . كان شاعرًا من أهل المدينة ، وكانت لأبيه صحبة نفاه عمر بن الخطاب إلى البصرة ؛ لأن امرأة من المدينة كانت مولعة به ؛ كما في الأثر الذي معنا وله قصة مع امرأة بالبصرة نفاه بسببها أيضًا أبو موسى الأشعري إلى فارس . وكذا الحال في فارس ، ولما قتل عمر بن الخطاب عاد إلى المدينة . انظر : الأعلام (٢٢/٨) ، وتاريخ دمشق (١٢٦/٢٦) .

(٨) شببت : قالت فيه الغزل . انظر : لسان العرب مادة (شبب) .

(٩) أخرجه ابن كثير في مسند الفاروق (٢/ ٥٠٨) .

(١٠) زيادة ليستقيم المعنى .

(١١) في (ص) ، (م) : [خالف] ، وما أثبتناه هو الصواب . انظر : التمهيد لابن عبد البر (٨٩/٩) . وهو ربيعة بن أمية بن خلف أخو صفوان بن أمية بن خلف ، أسلم يوم الفتح وكان قد شهد حجة الوداع ، وجاء عنه فيها حديث . نفاه عمر في الخمر ، فلحق بهرقل وتنصر ، ومات عنده . الإصابة (٥٢٠/٢ - ٥٢١) .

(١٢) في (م) : [لا أعرف] .

(١٣) أخرجه النسائي في سننه (٢٣١/٣) برقم ٥١٨٦ .

٢٨٣١٤ - وقوله : إن هذا رجوع عن التغريب في الشارب لا يصح بل هو عموم في جميع الناس . وروى أبو حنيفة بإسناده في الآثار عن علي ﷺ أنه قال : النفي من السنة . وروي أنه قال : كفى بالنفي فتنة [١] وهذا يدل على أنه لا يرى النفي فصار ذلك خلافًا [٢] بينهم .

٢٨٣١٥ - فإن قيل : الفتنة عبارة عن العذاب . قال الله تعالى : ﴿ ثُمَّ إِنَّ رَبَّكَ لِلَّذِينَ هَاجَرُوا مِنْ بَعْدِ مَا فُتِنُوا ﴾ [٣] وقال : ﴿ فَإِذَا أُوذِيَ فِي اللَّهِ جَعَلَ فِتْنَةَ النَّاسِ كَعَذَابِ اللَّهِ ﴾ [٤] .

٢٨٣١٦ - قلنا : الفتنة حقيقتها قول العرب [الْعَرَّةُ التي قد ألبستها كلها حجارة سود كأنها محرقة] [٥] وفتنت الذهب في النار وقال : ﴿ يَوْمَ هُمْ عَلَى النَّارِ يُفْتَنُونَ ۝ ذُوقُوا فِتْنَتَكُمْ هَذَا الَّذِي كُنْتُمْ بِهِ تَسْتَعْجِلُونَ ﴾ [٦] قال أبو عبيدة : يحرقون [٧] . ومثله ﴿ فَتَنُوا الْمُؤْمِنِينَ ﴾ [٨] واستعيرت [٩] في العذاب وغيره . قال الله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَادُوا [١٠] لَيَفْتِنُونَكَ عَنِ الَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ ﴾ [١١] لستر ربك . وإذا كان الاسم مشتركًا . لم يكن إثبات الإجماع على أن المراد لا يجوز أن يكون العذاب . إذ لو كان كذلك لم يحتج إلى بيانه وهو معلوم مشاهد . وإنما يميز ما لا تدل المشاهدة عليه . على أن أهل الكوفة رووا عن ابن مسعود الجلد والتغريب . وعن علي أنه قال : هو من الفتنة [١٢] . وعقلوا من ذلك الخلاف بينهما . وهذا لا يكون إلا المراد بالفتنة . لأنه لا يؤمن أن يخرجه هذا الفعل [١٣] من الدين . وهذا كقوله تعالى ﴿ بِأَيِّكُمُ الْمَفْتُونُ ﴾ [١٤] . كما روي في وصية عمر الولاة فلا تجمروا الناس فتفتنوهم .

٢٨٣١٧ - أي : تطيلوا تركهم في الثغور فيؤدي ذلك إلى أشد الأمرين [١٥] بهم فيعصوه .

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٣١٢/٧) برقم ١٣٣١٣ ، ١٣٣٣ .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .
(٣) سورة النحل : الآية ١١٠ .
(٤) سورة العنكبوت : الآية ١٠ .
(٥) في (ص) ، (م) : [حرة لسيد نهى السواد] ،وما أثبتناه هو الصواب .
(٦) سورة الذاريات : الآية ١٣ ، ١٤ .
(٧) انظر : معاني القرآن للفراء (٨٣/٣) .
(٨) سورة البروج : الآية ١٠ .
(٩) في (م) : [استعرب] .
(١٠) في (م) : (م) : [وإن كانوا] .
(١١) سورة الإسراء : الآية ٧٣ .
(١٢) أخرجه ابن عبد البر في الاستذكار (٥٦/٢٤) برقم ٣٥٣٤٥ .
(١٣) في (م) : [الفصل] .
(١٤) سورة القلم : الآية ٦ .
(١٥) في (ص) . (م) : [الأمران] وما أثبتناه هو الصواب .

٢٨٣١٨ - قالوا : عقوبة تعلق بالزنا فكانت [1] حدًا كالجلد .

٢٨٣١٩ - قلنا : لا نسلم أن النفي يتعلق بالزنا . إنما ينفي إذا خيف من الفساد . ولهذا ينفي الشارب والسارق . والمعنى أن المقصود لا يقف على اجتهاد الإمام . ولما كان المقصود من النفي يقف على اجتهاد الإمام لم يكن حدًا .

٢٨٣٢٠ - قالوا : عقوبة الزاني ورد بها الشرع فكانت حدًا كالجلد والرجم .

٢٨٣٢١ - قلنا : تبطل برد شهادته والحكم بفسقه وسقوط ولايته .

٢٨٣٢٢ - وإن قالوا هنا [2] لا يختص بالزنا .

٢٨٣٢٣ - قلنا : كذلك النفي عندنا .

٢٨٣٢٤ - قالوا : عقوبة تقدرت على الزاني شرعًا كالجلد .

٢٨٣٢٥ - قلنا : لا نسلم ذلك لأن عندنا مدة النفي غير مقدرة بالشرع . وإنما هي موقوفة على رأي الإمام .

٢٨٣٢٦ - فإن احتجوا بالخبر فقد بينا [3] الكلام عليه .

٢٨٣٢٧ - قالوا : معصية توجب أمرين أعلى وأدنى . فوجب أن يكون مع أدناهما غيرهما كالقتل .

٢٨٣٢٨ - قلنا : يبطل بقطع الطريق ؛ فإن يوجب القتل وما دونه و [لا يضم] [4] إلى غيره . والقذف والشرب معصية . توجب أمرين : الحد الكامل في الحر ونصفه في العبد . وليس يجب في الأدنى غيره . ونعكس فنقول فلا يجب مع الأدنى النفي كالقتل .

* * *

(١) في (م) : [وكانت] .
(٢) ساقطة من (ص) .
(٣) في (م) : [ثبت] .
(٤) في (م) : [ما يضم] .



مسألة ١٤٠٨

[هل الإسلام شرط في الإحصان ؟]

٢٨٣٢٩ - قال أبو حنيفة ومحمد الإسلام شرط في الإحصان (١) . وقال أبو يوسف : ليس بشرط في إحصان الرجم (٢) وبه قال الشافعي (٣) .

٢٨٣٣٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ ﴾ (٤) . وهذا يقتضي وجوب الجلد على كل زانٍ إلا ما خصه دليل ويدل عليه : ما روى الثوري عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر قال : من أشرك بالله فليس بمحصن (٥) . وروى مسندًا أن رسول الله ﷺ [قاله ، وقوله] (٦) لا يمنع باسناده . لأن الراوي إذا سمع حكمًا اعتقده فرواه تارة . وأفتى به أخرى .

٢٨٣٣١ - فإن قيل : المراد إحصان القذف . لأن عرض الكافر لا يجب بهتكه الحد . فيبين فضيلة الإسلام بالتشديد على القاذف . ولا يجوز أن يكون المراد بإحصان الرجم . لأن في ذلك تشديدًا على المحصن فلا يكون الإسلام سبب التشديد عليه .

٢٨٣٣٢ - قلنا : اللفظ عام فيهما . وقولهم إنه تشديد ليس بصحيح . لأن الإحصان إذا حصل بلغ الإنسان أكمل أحواله . وهذه فضيلة . فأخبر ﷺ أن الكافر لا يبلغها . ويدل عليه : ما روى أن كعب بن مالك تزوج يهودية ؛ فقال النبي ﷺ : « لا تقول له إذا زنيت لم ترجم » (٧) .

---

(١) انظر : إيثار الإنصاف ص ٢٠٣ ، والجامع الصغير ص ٢٧٩ ، ومجمع الأنهر (٩٧/١) ، وتبيين الحقائق (٤١٤/٥) . وهو مذهب المالكية . انظر : تبصرة الحكام (٢٥٥/٢) ، وشرح الزرقاني على مختصر خليل (٨٢/٨) .

(٢) انظر : البناية شرح الهداية (٣٧٧/٥) ، والبحر الرائق (١٩/٥) ، فتح القدير (٢٦٩/٥) .

(٣) انظر : التهذيب (٤٣٨/٦) ، والمهذب (٢٦٧/٢) ، وحاشية الجمل على شرح المنهج (١٣١/٥) وهو مذهب الحنابلة . انظر : التوضيح في الجمع بين المقنع والتوضيح (١٢٠٢/٣) ، المبدع في شرح المقنع (٦٣/٩) .

(٤) سورة النور : الآية ٢ .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢١٦/٨) .

(٦) ما بين المعكوفتين في جميع النسخ : [قومه] ، والزيادة لاستقامة النص .

(٧) هذه اللفظة لم أجدها في كتب الحديث ، إنما المذكور فيها : « لا تزوجها ، فإنها لا تحصنك » . انظر : مراسيل أبي داود ص ١٨١ برقم ٢٠٦ .

٢٨٣٣٣ - قلنا : لا يجوز أن يكون المراد به [1] العقد . لأن كعبًا كان عفيفًا قبل تزوجها وبعده ، وإنما المراد أنك لا تبلغ بتزويجها أكمل أحوال المسلمين. لأن المحصن كامل .

٢٨٣٣٤ - ولأنه إحصان شرعي فكان الإسلام شرطًا فيه كإحصان القذف .

٢٨٣٣٥ - ولأنه إحصان شرط في إقامة حد فكان من شرطه الإسلام كإحصان القذف .

٢٨٣٣٦ - ولأنه شرط في إحصان القذف محكوم به ، فكان شرطًا في إحصان الرجم كالحرية . ولا تلزم العفة : لأن الحاكم لا يحكم بها [2] .

٢٨٣٣٧ - ولأنه معنى يمنع وجوب الحد على القاذف مع اشتباه حاله في الصدق والكذب فمنع من إحصان الرجم كالرق .

٢٨٣٣٨ - ولأن إحصان الرجم أكثر شرائط . وإحصان القذف دونه . فلما اعتبر في أضعف الإحصانين إذا تصور وجوده في الإحصان الأقوى واعتباره فيه أولى . ولا تلزم العفة لأنه لا يتصور وجودها في الزاني فلا يصح شرطها في رجمه .

٢٨٣٣٩ - [فإن قيل] : لا يتصور وجودها ولا يتصور اعتبار أحد الإحصانين بالآخر . لأن العفة شرط في القذف ثم لم تشترط في إحصان الرجم .

٢٨٣٤٠ - قلنا : الشيء إنما يكون شرطًا إذا تصور وجوده . والزاني لا يتصور فيه العفة . فكيف يقال : إنها شرط .

٢٨٣٤١ - والدليل على أنه لا يرجم الآية .

٢٨٣٤٢ - فإن قيل : المراد بها المسلمين . لأنه قال في آخرها ﴿ مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ ٱللَّهِ ﴾ [3] .

٢٨٣٤٣ - قلنا : نفي الرأفة مأمور به في الكافر الزاني الذمي كما أمر به في المسلم . فلا يقتضي ذلك التخصيص .

٢٨٣٤٤ - ولأنه لا يحد في شرب الخمر فلم يجب عليه بالزنا الرجم كالصبي والمجنون .

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) في (م) : [به] .

(٣) سورة النور : الآية ٢ .

٢٨٣٤٥ - ولأنه نقص محكوم به يؤثر في الشهادة فمنع من وجوب الرجم كالرق .

٢٨٣٤٦ - ولا يلزم الفسق لأنه لا يحكم به . ولا الأنوثية لأنه نقص لا يمنع الشهادة ، وإنما يؤثر في نقصان رتبتها .

٢٨٣٤٧ - فإن قيل : العبد حده منتصف قد يستوي فيه الحر والعبد كالقطع في السرقة .

٢٨٣٤٨ - ولأن قاذفه لا يحد مع اشتباه حاله في الصدق والكذب فلم يجب رجمه كالعبد .

احتجوا : بحديث عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قال : « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب الجلد والرجم »[1] .

٢٨٣٤٩ - قلنا : قد اتفقنا أن الجلد لا يكون مجتمعًا مع الرجم [في الثيب] ، وإنما المراد به الثيب بالثيب الرجم . ألا ولنا أن نتعلق بالجلد فصار الخبر مشترك الدليل .

٢٨٣٥٠ - ولأن الإحصان شرط بالاتفاق فصار كالمشروط في الثيب . ولا نحن لا نسلم إحصان الكافر فلم يصح الاستدلال بالظاهر .

٢٨٣٥١ - احتجوا : بما روي عن عمر أنه قال : « لولا أن يقال زاد ابن الخطاب في كتاب الله إذ كتب في حاشية المصحف : الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة[2] ردًا لأمر الله .

٢٨٣٥٢ - قلنا : لا بخلاف الرجم لا يجب لكون الذي يعلم أن الرجم يتعلق بشرط لم يذكر وهو الإحصان .

٢٨٣٥٣ - وقد اختلفنا في شروطه . ولأن المراد بهذا المسلمين . لأن الكافر لا يقف النكال به على الزنى لأنه ينكل به بكفره [وإن لم يزن] . والمسلم يقف النكال به على وجود الزنا ولا يجوز قتله .

٢٨٣٥٤ - ولأنه روى عن عمر بن الخطاب وعلى أنهما قالا في اليهودي : إذا زنا فإنه يسلم إلى قومه ليقيموا عليه حد الله . فدل أن عمر إنما قال ما قاله في المسلم خاصة .

٢٨٣٥٥ - احتجوا : بما روى ابن عمر أن النبي ﷺ رجم اليهوديين[3] .

---

(١) أخرجه مسلم في الحدود (١٦٩٠) ، والترمذي في الحدود (١٤٣٤) ، وأبو داود في الحدود (٤٤١٥) .
(٢) أخرجه الخطيب البغدادي في موضح أوهام الجمع والتفريق (١/٥٥١) .
(٣) أخرجه أبو داود في السنن (٤٤٤٦) ، وابن حجر في فتح الباري (٣/١٩٩) .

٢٨٣٥٦ - قلنا : رجمهما قبل كون الإحصان شرط بدلالة أنه ﷺ سئل عن إحصانهما وبدليل أنه روي عن ابن عمر أنه رجمهما أول ما دخل المدينة . ولأن ابن عمر قال : من أشرك بالله فليس بمحصن . فدل أنه عرف بغير هذا الحكم .

٢٨٣٥٧ - فإن قيل : روى أبو هريرة أنه ﷺ رجمهما وكانا قد أحصنا .

٢٨٣٥٨ - قلنا : الإحصان اسم . ولأن أبا هريرة تأخر إسلامه فلم يشهد القصة . فيجوز أن يكون لما سمع الرجم وعلم من شرطه في الإسلام الإحصان . أعتقد أنه ﷺ لم يرجمهما إلا وقد أحصنا .

٢٨٣٥٩ - وجواب آخر : أنه ﷺ رجمهما بحكم التوراة ولم يكن القرآن نزل بحد الزاني .

٢٨٣٦٠ - لأن سورة النساء مدنية . والرجم كان قبل دخوله ﷺ المدينة . وقد كان مأمورًا بالعمل بشريعة من تقدمه فرجع إلى ما في التوراة . ولهذا قال : « أنا أحق بإحياء سنة أماتوها » ثم نسخ هذا بما جاء في شريعته [من قوله] ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي ٱلْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّىٰهُنَّ ٱلْمَوْتُ ﴾ (١) .

٢٨٣٦١ - ثم نسخ ذلك بحديث عبادة بن الصامت ، وشرط الإحصان في الرجم فروى ابن عمر القصة الأولى . وقال : « من أشرك بالله فليس بمحصن » . على ما استقر في الشريعة بعد الحكم الأول . يبين ذلك أن الأحكام لو كانت نزلت في شريعته لم يحتج إلى الرجوع إلى التوراة . لأن أحكام القرآن ناسخة لها فلا يجوز الرجوع إلى المنسوخ مع وجود الناسخ .

٢٨٣٦٢ - ولا يقال : أراد أن يبين كذبهم فيما ادعوه . لأنه لو كان كذلك لبينه أولاً قبل وجود الزنا من اليهودي .

٢٨٣٦٣ - احتجوا : بأن من أهل الجلد ما إذا كان بكرًا فوجب أن يكون من أهل الرجم إذا وطئ في نكاح صحيح كالمسلم .

٢٨٣٦٤ - قلنا : الجلد هو أدنى حد الزنا والرجم أعلاه ، فلم يستدل بثبوت أدنى الحدين على ثبوت أعلاهما .

٢٨٣٦٥ - فإن قيل : الجلد الكامل [على أنواع] فقد اعتبرنا الحد الأعلى بالحد الأدنى .

---

(١) سورة النساء : الآية ١٥ .

٢٨٣٦٦ - قلنا : كونه على الجلد لا يمنع أن يكون أدنى من الرجم فقد حصل الكمال من وجه والنقصان من وجه فاستدلوا بثبوته على ثبوت الكامل في جميع الوجوه .

٢٨٣٦٧ - والمعنى في المسلمين أنه ممن يحد قاذفه . فجاز أن يجب عليه بالزنا الرجم . والكافر لا يحد قاذفه مع اشتباه حاله في الكذب والصدق فلم يجب عليه الرجم .

٢٨٣٦٨ - قالوا : أحد الملتين فجاز أن يجب على أهلها الرجم كملة الإسلام .

٢٨٣٦٩ - قلنا : لا نمنع أن يختلف حكم الملتين في الحد . بدلالة أن المسلم يحد بشرب الخمر ولا يحد الكافر . ويحد عندهم المسلم إذا تزوج أمه فوطئها ولا يحد الكافر ولأن المسلم يجب عليه الرجم لبلوغه إلى حد الكمال ، والكافر لم يبلغ هذا الحال . فصار كالمسلم الذي لم يكمل حاله لوجود الرق أو لعقد النكاح .

٢٨٣٧٠ - قالوا : قتل بأمر سابق [فاستوى فيه الكافر والمسلم كالقصاص فاحترزوا بقولهم بأمر سابق] عن القتل بترك الصلاة .

٢٨٣٧١ - قلنا : يبطل بإظهار كلمة الكفر يقتل بها المسلم ولا يقتل بها الكافر ، وكذلك ذوات المحارم بالنكاح يقتل عندهم المسلم دون الكافر ولأن الرجم اعتبر فيه من الاحتياط ما لم يعتبر في القصاص .

٢٨٣٧٢ - بدلالة شهادة أربعة . والمعنى في القصاص أنه يجوز أن يجب على العبد فجاز أن يجب جنسه على الكافر . ولما لم يجب الرجم على العبد لم يثبت جنسه في حق الكافر .

٢٨٣٧٣ - قالوا : أحد موجبي الزنا فجاز أن يجب على الكافر كالجلد .

٢٨٣٧٤ - قلنا : الجلد لم يعتبر فيه الإحصان فجاز أن يجب على الكافر . والرجم وجب فيه الإحصان . فلذلك لم يجب على الكافر .

٢٨٣٧٥ - قالوا : حد فلا يختلف بالكفر والإسلام كسائر الحدود .

٢٨٣٧٦ - قلنا : يبطل بحد الشرب . ولأن سائر الحدود لم يعتبر فيها الإحصان . وهذا الحد اعتبر فيه الإحصان .

٢٨٣٧٧ - قالوا : في امرأة واحدة فكان من أهل الرجم كالمسلم .

٢٨٣٧٨ - ومنهم من قال : لأنه وراث حادث فكان من أهل الرجم كالمسلم . فيحترز بقولهم وارث عن العبد وبقولهم حادث عن البكر . والجواب عنه ما قدمناه .

مسألة ١٤٠٩

[حد المكلف إذا زنى مع غير مكلف]

٢٨٣٧٩ - قال أصحابنا : إذا مكنت العاقلة مجنونا أو صبيًا فوطئها فلا حد عليها . وإن وطئ العاقل مجنونة أو مراهقة حُدَّ [١] .

٢٨٣٨٠ - وقال الشافعي : على العاقلة الحد [٢] .

٢٨٣٨١ - لنا [٣] : أنها مكنت من نفسها ممن [٤] لا إثم عليه في وطئه . فصار كما لو مكنت زوجها أو مولاها .

٢٨٣٨٢ - ولأنها لو [٥] وجدته في فراشها فمكنته وهي تظنه زوجها أو مولاها لم يجب عليها الحد . كذلك إذا علمت أنه أجنبى أصله إذا كان ولد مولاها ولأن [٦] فعل المجنون ليس بزنى . وهو المتبوع . وفعل المتبوع إذا لم يحكم له بزنى [٧] لم يجب الحد على التابع [٨] أصله الوطء بشبهة .

٢٨٣٨٣ - والدليل على أن فعل المجنون ليس بزنى : أنه لا يوصف بالتحريم عقلا ولا شرعًا . والزنا لا ينفرد عن المأثم [٩] . ولأن القاذف لا يحد . ولو كان فعله زنى لوجب

---

(١) قال زفر وأبو يوسف في رواية : أن الحد على العاقلة . انظر : كشف الحقائق (٨٣/١) ، وحاشية الطحاوي (٣٩٤/٢) ، والجوهرة النيرة (١٥٦/٢) .

(٢) انظر : الغرر البهية شرح البهجة الوردية (٨٣/٥) ، والتهذيب (٣٢٠/٧) ، والروضة (٩٤/١٠) . وفي مذهب المالكية والحنابلة تفصيل ؛ حيث ذهبا إلى أن الحد يجب على العاقلة إذا أمكنت مجنونًا من نفسها ، وكذلك إذا وطئ صبية يمكن وطء مثلها ، أما إذا كانت الصبية لا يمكن وطء مثلها فلا حد عليه في مقابل الأظهر عند المالكية . وهو المذهب عند الحنابلة ويحد إن كان لها خمس سنين في قول ابن القاسم وهو الأظهر . ومقابل المذهب عند الحنابلة أنه يحد . وقال القاضي : لا حد على من وطئ صغيرة لم تبلغ تسعًا . وأما إذا مكنت من نفسها صبيًا فلا حد عليها عند المالكية وإن قوي على الجماع ، وهو اختيار القاضي من الحنابلة إذا لم يكن ابن عشر سنين . فإن كان ابن عشر حدت . والصحيح عندهم أنها تحد . انظر : تبصرة الحكام (٢٥٢/٢) ، والخرشي على مختصر خليل (٧٦/٨ - ٧٧) ، وشرح منح الجليل (٢٤٦/٩) ، والمبدع (٧٤/٩) ، والمغني (٥٤/٩) ، والإنصاف (١٨٨/١٠) .

(٣) ساقط من (م) .

(٤) في جميع النسخ : [من] .

(٥) ساقط من (م) .

(٦) ي (م) : [ولا] .

(٧) في (م) : [بالزنى] .

(٨) في (م) : [البالغ] .

(٩) في (م) : [المؤثم] .

على قاذفه الحد كالعاقل . ولأن الزنى اسم ذم والمجنون لا يذم .

٢٨٣٨٤ - ولا يلزم على العلة العاقل إذا زنى بالمجنونة . لأن فعله متبوع وفعلها تبع . وخروج التبع أن يكون زنى لا يوجب خروج المتبوع من ذلك .

٢٨٣٨٥ - والدليل على أن فعلها تابع : أنها لا تنفرد بالفعل . وقد يجوز أن ينفرد عنها أن يطأها وهي نائمة . [ولا يمكنه] [١] الوطء إلا بوجود الانتشار منه ، ولأنه فاعل وهي مفعولة . وقد ينفرد الفاعل عن المفعول كما ينفرد إذا وقع الفعل في كمال . ولأنها مكنت من نفسها واطئا لا يجب عليه الحد . فلا يجب عليها الحد من نفسها [٢] كما لو مكنت زوجها أو أبا مولاها .

٢٨٣٨٦ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا ﴾ [٣] .

٢٨٣٨٧ - قلنا [٤] : لا نسلم أنها زانية لأنا قد دللنا على أنه ليس بزنى وإذا لم تكن المفعوله زانية كما أن فعل الفاعل إذا لم يكن جنونا لم يكن المفعول مضروبًا

٢٨٣٨٨ - قالوا : الدليل على أن فعله زنى أنه لا يثبت النسب منه .

٢٨٣٨٩ - قلنا : يجوز أن يكون فعله شبهة تمنع من كونه . ولا يثبت النسب بوطء الرجل جارية أخيه . إذا قال ظننت أنها حلال .

٢٨٣٩٠ - فإن قيل : لا تعلق لفعلها بفعله فيجوز أن تكون زانية دونه كما يجوز أن يكون زانيا بوطئها فلا تكون زانية .

٢٨٣٩١ - قلنا : هذا لا يصح لما بينا أنه فاعل وهي مفعولة . فإذا لم يوجد منه فعل الزنى كيف يوصف المفعول بذلك ؟

٢٨٣٩٢ - قالوا : قال اللّٰه تعالى : ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى ﴾ [٥] فسماها فاعلة وبدأ بها ، والبداية تكون بالمقصود .

٢٨٣٩٣ - قلنا : المرأة سميت زانية لأن المفعول يسمى باسم الفاعل . قال اللّٰه تعالى ﴿ فِى عِيشَةٍ رَّاضِيَةٍ ﴾ [٦] يعني مرضية . ويقال هذا قولي مقذوف . هذا قول الفراء .

---

(١) في (م) : [ولا يمكنها] .
(٢) بعده في (ص) : [واطئا] .
(٣) سورة النور : الآية ٢ .
(٤) من أول قوله : [قلنا] الى قوله : [من وطئها في صوم رمضان] ساقط من (م) .
(٥) سورة النور : الآية ٢ .
(٦) سورة الحاقة : الآية ٢١ .

٢٨٣٩٤ - وإذا ثبت أنها مفعول [1] اتبع الاسم الفاعل .

٢٨٣٩٥ - قالوا : ما وجب عليها بتمكين الواطئ المكلف من وطئها بتمكن المجنون أصله إذا مكنت المجنون من وطئها في صوم رمضان .

٢٨٣٩٦ - قلنا : الشبهة في حق [واطئ في رمضان] [2] لا تؤثر في سقوط الكفارة عنها [وهو شبهة في حقها] [3] لأنه [4] لو جامعها وهو يظن أن الفجر لم يطلع وهي تعلم بالطلوع [وجبت عليها الكفارة] [5] دونه والشبهة في حق الواطئ تؤثر في سقوط الحد عنها وإن لم توجد الشبهة في حقها بدلالة [6] : من زفت إليه غير امرأته وهو يعلم سقط الحد عليها . وكذلك إذا تزوجها نكاحًا فاسدًا أو وطئها وهو لا يعلم بالعقد .

٢٨٣٩٧ - قالوا : كل واطئين إذا كانا مكلفين وجب الحد كل واحد منهما . فإذا كان أحدهما مكلفًا وجب الحد على المكلف منهما أصله العاقل إذا زنى بالمجنونة .

٢٨٣٩٨ - قلنا : العاقل إذا زنى فعله متبوع فسقوط الحد عن التبع لا يمنع وجوبه عليه . وفي مسألتنا فعلهما تبع . فإذا لم يكن فعله زنى [لم يجز] [7] أن يكون المفعول بها زانية على ما قدمنا .

٢٨٣٩٩ - قالوا : سقوط الحد عن أحد الواطئين لمعنى يخصه لا يوجب سقوطه عن الآخر قياسًا على المستأمن إذا زنى بالمسلمة .

٢٨٤٠٠ - قلنا : فعل المستأمن زنى . وهو يذم عليه مؤاخذ به وإنما تعذر استيفاء الحد لبقائه على حكم داره فلم يمنع ذلك وجوب الحد عليها كما لو غاب الزاني أو مات ولأن فعل الحربي زنى [8] بدلالة أنه لو أسلم فقذفه به قاذف وجب عليه الحد . وفعل المجنون ليس بزنى . لأنه لو أفاق فقذفه بالوطء في حال جنونه لم يجب الحد .

٢٨٤٠١ - فإن قيل : كما تقولون في المكره إذا زنى بمطاوعة .

٢٨٤٠٢ - قلنا : قال محمد : لا أحفظ قول أبي حنيفة فيه . فيجوز أن يقال : لا حد عليها قبيل مسألتنا . ويجوز أن يقال عليها الحد . لأن فعله زنى مؤاخذ به ، فلهذا [9] نقول لا يحل له الإقدام عليه مع الإكراه .

---

(١) ساقطة من (ص) .
(٢ ، ٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .
(٤) في (م) : [فإنه] .
(٥) في (م) : [وجبت الكفارة عليها] .
(٦) مطموس في (م) .
(٧) في (م) : [لم يجب] .
(٨) ساقط من (م) .
(٩) في (ص) : [لا] .

٢٨٤٠٣ - قالوا : يجوز أن يسقط الحد عن أحدهما بالشبهة دون الآخر مثل أن يعتقد أنها زوجته وهي تعلم .

٢٨٤٠٤ - قلنا : هاهنا يجب الحد عليهما عندنا . وإنما يسقط الحد إذا زفت إليه غير امرأته وأخبره النساء أنها زوجته . وهذا يسقط الحد عنهما وإن كانت عالمة .

٢٨٤٠٥ - قالوا : فعلها يجوز أن ينفرد عن فعله بنوع الحد كذلك لوجوب الحد أصله انفراد فعله من فعلها . ومعناه : إذا كانت محصنة وكان بكرًا عليها الرجم دونه وكذلك العبد يزني بالحرة ينتصف حده ويكمل حدها .

٢٨٤٠٦ - قلنا : ليس إذا انفرد بنوع الحد جاز أن تنفرد بأصل الحد . ألا ترى أن المشتركين في السرقة إذا كان أحدهما مقطوع اليمنى قطعت يمين أحدهما ورجل الآخر . ثم لا ينفرد أحدهما بوجوب القطع عن الآخر . [لأن أحدهما لو كان شريكًا في المال سقط القطع عنهما وعندهم القاتلان ينفرد أحدهما عن الآخر] [1]. وصفة القصاص إذا قتل أحدهما بالسيف والآخر بالحجر . ولا يدل ذلك على الانفراد بالوجوب في المخطئ والعامد .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

مسألة ١٤١٠

[عدد الإقرارات الكافية في وجوب الحد]

٢٨٤٠٧ - قال أصحابنا : لا يثبت الزنى بالإقرار حتى يقر أربع [١] مرات في أربعة مجالس من مجالس المقر [٢] .

٢٨٤٠٨ - وقال الشافعي : إذا أقر مرة واحدة وجب الحد [٣] .

٢٨٤٠٩ - لنا : ما روى ابن شهاب قال : حدثني أبو سلمة عن جابر بن عبد الله الأنصاري أن رجلًا من أسلم أتى رسول الله ﷺ وهو في المسجد فناداه فحدثه أنه زنى . فأعرض عنه فتنحى [إلى شقه] [٤] الذي أعرض قبله ، فأخبره أنه زنى ، وشهد على نفسه أربع مرات فدعاه رسول الله ﷺ فقال : « هل بك جنون » ، قال : لا . قال : « فهل أحصنت » ، قال : نعم . فأمر به أن يرجم بالحصى [٥] .

٢٨٤١٠ - وروى الزهري عن أبي سلمة وسعيد بن المسيب عن أبي هريرة [٦] . وروى عبد الله بن يزيد [٧] عن أبيه قصة ماعز وذكر أبو داود عن يزيد بن نعيم بن هزال [٨] . قال : كان ماعز يتيمًا في حجر أبي فأصاب جارية من الحي . فقال له أبي :

---

(١) في (م) : [رابع] .

(٢) انظر : حاشية ابن عابدين (٩/٤) ، والبناية في شرح الهداية (٣٥٣/٥) وشرح الكنز للعلامة منلا مسكين بهامش حاشية أبي السعود (٣٥٢/٢) ، ومجمع الأنهر (٥٩٤/١) . وهو مذهب الحنابلة . انظر : شرح الزركشي (٢٩٣/٦) ، الروض المربع بشرح زاد المستقنع ص ٤٤٦ .

(٣) انظر : الأم (١٦٩/٦) ، ومغني المحتاج (٤٥١/٥) ، والوسيط (٤٤٦/٦) . وهو مذهب المالكية وأهل الظاهر . انظر : المدونة الكبرى (٤٨٢/٤) ، والمنتقى (١٣٥/٧) ، والمحلى (٩٧/١٢) .

(٤) في (م) : [الشقة] .

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٩٨/٦) برقم ٦٤٢٩ ، ومسلم في صحيحه (١٣١٨/٣) برقم ١٦٩١ .

(٦) أخرج قصة ماعز البخاري في صحيحه (٢٥٠٢/٦) برقم ٦٤٣٩ .

(٧) هو : عبد الله بن يزيد بن حصن بن الحارث الأنصاري ، يكنى أبا موسى . كان يسكن الكوفة ، واستعمله عبد الله بن الزبير عليها . كانت لأبيه صحبة . روى عن النبي ﷺ ، والبراء بن عازب ، وزيد بن ثابت . مات في زمن ابن الزبير . انظر : أسد الغابة (٤١٦/٣) ، والإصابة (٢٦٧/٤) ، والاستيعاب (١٢٣/٣) .

(٨) في (ص) ، (م) : [هناد] . وما أثبتناه من سنن أبي داود (١٥٤/٤) . وهو : يزيد بن نعيم بن هزال الأسلمي الحجازي . روى عن سعيد بن المسيب ، وأبيه ، وجده . وروى عنه : زيد بن أسلم ، ويحيى بن =

ائت [1] النبي ﷺ ، فأخبره بما صنعت ، لعله يستغفر لك . فأتاه . فقال : يا رسول الله : إني زنيت فأقم علي حد الله . حتى قالها أربع مرات ، كل ذلك يعرض عنه رسول الله ، فقال رسول الله : شأنك [2] فإنها أربع ، فبمن ؟ [3] وفي السنن عبد الله بن بريدة [4] عن أبيه قال : كنا أصحاب النبي [5] ﷺ نتحدث أن الغامدية [وماعزًا لو لم يرجما] [6] بعد اعترافهما لم يطلبها ، وإنما رجمها عند الرابعة [7] . وروى ابن أبي أبزى [8] عن [9] أبي بكر قال : أتى النبي ﷺ ماعز - فأقر عنده ، ثم جاء فأقر فأعرض عنه ، ثم جاء فأقر فأعرض عنه . فقلت : إن أقررت الرابعة عندي رجمتك [10] . فأقر الرابعة . فسأل عنه أهله . فقالوا : [ما نعلم] [11] إلا خيرًا فرجمه رسول الله [12] ووجه الدلالة : أنه ﷺ لم يتعرض له في أول مرة [حتى عند الرابعة ، ولو كان الحكم يتعلق بإقراره مرة لم يجز له تأخير النظر في أمره] [13] .

٢٨٤١١ - ولأنه قال : « شأنك فإنها أربع مرات » فدل على تعليق الحكم بالعدد .

٢٨٤١٢ - وقول أبي بكر الصديق لماعز : إنك إن أقررت الرابعة رجمتك . يدل

= سعيد ، وعكرمة ، وغيرهم . وروى له : مسلم ، وأبو داود ، والنسائي . انظر : تهذيب الكمال (٢٥٧/٣٢) والجرح والتعديل (٢٩٢/٩) ، وتاريخ الإسلام (٥٠٥/٤) .

(١) في (م) : [يتيم] .

(٢) في جميع النسخ : [ساري] . والصواب ما أثبتناه وهو الموافق لمصادر التخريج ولما سيأتي بعد قليل .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (١٤٥/٤) .

(٤) هو : عبد الله بن بريدة الأسلمي قاضي مرو . روى عن : أبيه ، وأبي موسى الأشعري ، وأبي هريرة ، والمغيرة بن شعبة . وروى عنه : مقاتل بن حيان ، وحسين بن واقد ، وحسين المعلم . مات سنة ١١٥ هـ . انظر : التاريخ الكبير (٥١/٥) ، والجرح والتعديل (١٣/٥) ، وشذرات الذهب (١٥١/١) .

(٥) في (م) : [رسول الله] .

(٦) في (م) : [وماعز لو ألم] .

(٧) أخرجه أبو داود في سننه (١٤٩/٤) برقم ٤٤٣٤ .

(٨) هو : عبد الرحمن بن أبي أبزى الخزاعي مولى نافع عبد الحارث الخزاعي ، سكن الكوفة ، وأدرك النبي ﷺ . استعمله علي ﷺ على خراسان . روى عن : عمر ، وأبي بن كعب ، وعلي ، وروى عنه : ابن أبي ليلى ، والشعبي ، وأبو مالك الغفاري . انظر : الاستيعاب (٨٢٢/٢) ، والإصابة (٢٨٢/٤) ، وأسد الغابة (٤٢٢/٣) .

(٩) في (م) : [بن] .

(١٠) ساقطة من (ص) .

(١١) في (ص) ، (م) : [لا أحرى منه] ، ما أثبتناه من فتح القدير (٢٢٠/٥) .

(١٢) أخرجه أحمد في المسند (٨/١) برقم ٤١ .

(١٣) ساقطة من (م) .

على أن الشريعة تعلق الحكم بهذا العدد .

٢٨٤١٣ - فإن قيل : قد روى أبو هريرة أنه أقر الخامسة [1] .

٢٨٤١٤ - قلنا : يجوز أن يكون أقر [2] مرتين في مجلس واحد فأعدها مرة واحدة ، بدلالة قوله ﷺ : « شأنك فإنها أربع » يعلق الحكم بهذا العدد دون غيره .

٢٨٤١٥ - قالوا : إنما ردده [لأنه ظنه مجنون] [3] ، ولهذا قال له : أبك [4] خبل [5] ، وسأل قومه .

٢٨٤١٦ - قلنا : لو كان كذلك [6] لقال : الآن صح إقرارك ولم يعلق الحكم بالعدد ، ولأنه إذا شك في عقله ثم تبين أنه عاقل لعلق الحد بالإقرار الأول ، وكان أبو بكر لا يقول : إن أقررت الرابعة . لأنه لا يحتاج إلى تكرار الإقرار .

٢٨٤١٧ - فإن قيل : ردده لجواز أن يرجع

٢٨٤١٨ - قلنا : إذا صح الإقرار لم يجز التوقيف على إقامة الحد انتظارًا للرجوع . لأنه ﷺ كان ما يتعين عنده الحكم في حد من حدود الله إلا أقامه .

٢٨٤١٩ - فإن قيل : إنما ردده لأنه لم يكن أقر بصريح الزنى ، ولهذا لو قال لغيره زنيت ، عليه الحد .

٢٨٤٢٠ - قلنا [7] : وقوله « لعلك لمست » [8] يلقنه [9] الرجوع .

٢٨٤٢١ - فإن قيل : هذا خبر واحد مخالف للأصول .

٢٨٤٢٢ - قلنا : هذا خبر من أخبار الاستفاضة . لأن الأمة [10] تلقته بالقبول وعملوا بموجبه ، فما يدل عليه أصل لنفسه كسائر الأصول المعلومة .

٢٨٤٢٣ - فإن قيل : الغامدية قالت للنبي ﷺ أتريد أن تردني [كما رددت

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٤٨/٤) برقم ٤٤٢٨ ، وابن حبان في صحيحه (٢٤٤/١٠ - ٢٤٥) برقم ٤٣٩٩ .

(٢) ساقط من (م) .

(٣) غير واضحة في (ص) .

(٤) ساقط من (م) .

(٥) في (م) : [حل] .

(٦) في (م) : [لذلك] .

(٧) غير واضحة في (ص) .

(٨) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٠٢/٦) برقم ٦٤٣٨ .

(٩) في (م) : [يلقهن] .

(١٠) في (م) : [الإقامة] .

ماعزًا][١] . [٢] فهذا يدل أن الترداد ليس بشرط [٣] .

٢٨٤٢٤ - قلنا : هذا يدل أن يردا هذا القول ولم يلتفت إلى قولها . ولأنه سبب يثبت به الحد . فوجب أن يتنوع نوعين بالشهادة .

٢٨٤٢٥ - بيان : أن الشهادة في الحدود تارة يشترط [٤] شاهدان . ولأن ما يثبت الحقوق يضعف في الزنى كالشهادة [ولأنه سبب يثبت به حد الزنى فوجب أن يقر فيه أربع مرات كالشهادة] [٥] ، ولأن الإقرار سبب ثابت [٦] في الحقوق فجاز أن يعتبر فيه أربع مرات كالشهادة .

٢٨٤٢٦ - فإن قيل : نقلب فنقول فلا يعتبر التكرار من واحد كالشهادة .

٢٨٤٢٧ - قلنا : ما شرط فيه العدد إذا تعذر تكراره من أشخاص يكون شخص [٧] واحد كاللعان [٨] والقسامة .

٢٨٤٢٨ - فإن قيل : اعتبار الإقرار .

٢٨٤٢٩ - قلنا : علينا أن نقضى أن يكون للعدد مدخل في الإقرار كما كان له في الشهادة . ولا يقتصر ثبوت العدد في الموضع الذي اعتبر في الشهادة . فإذا [٩] أثبتنا العدد في موضع واحد فقد [١٠] أعطينا العلة مقتضاها .

٢٨٤٣٠ - فإن قيل : كان يجب أن يصح التكرار في مجلس واحد كما صحت الشهادة في مجلس واحد .

٢٨٤٣١ - قلنا : عدد الشهود شرط ليتنابذ [١١] عليه الظن بقولهم . وهذا المعنى موجود في المجلس الواحد . [وتكرار الإقرار] [١٢] اعتبر للاحتياط في إقامة الحدود [١٣] . لجواز أن يرجع المقر بين الإقرارين فيسقط الحد . وهذا المعنى لا يوجد في مجلس واحد .

---

(١) في (م) : [كما رددت في ماعز] .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣٢١/٣ - ١٣٢٢) برقم ١٦٩٥ .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) في (م) : [بشرط] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٦) في (م) : [لأننا] .

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) في (م) : [كالأئمان] .

(٩) في (م) : [فإن] .

(١٠) ساقطة من (ص) .

(١١) غير واضحة في (ص) .

(١٢) في (م) : [وذكر أن الإقرار] .

(١٣) في (م) : [الحد] .

لأن الإقرار إذا تكرر في مجلس واحد فكأنه [(١)] إقرار واحد بدلالة الإقرار بالدين .

٢٨٤٣٢ - فإن قيل : الشهود متهمون فاعتبر العدد لزوال التهمة والمقر غير متهم على نفسه فلم يعتبر العدد لأن هذا الفرق لا يمنع تساوى الشهادة [(٢)] ، والإقرار اعتبار الصريح فيه دون الكناية ولأنه لا يتهم على نفسه بل [(٣)] يلقنه القاضى الرجوع بذلك لا يتهم على نفسه ، ويعتبر تكرار الإقرار لجواز أن يذكر أمره فيرجع بين الإقرارين . ولأن الزوج إذا ادعى على امرأته الزنى نفت الدعوى عن نفسها بيمين متكررة على شخص واحد . فإثبات [هذه] [(٤)] الدعوى بإقرارها يتكرر بعدد الأيمان [(٥)] الواجبة عليها .

٢٨٤٣٣ - ألا ترى أن سائر الدعاوى لما انتفت بيمين المدعى عليه مرة واحدة ثبتت بإقرار مرة واحدة . [لا يلزم اليمن في القسامة لأنها دعوى على جماعة كل واحد منهم يلزمه يمين واحدة] [(٦)] في موضوع الدعوى ، وإنما يتكرر [(٧)] اليمين عن [(٨)] نقصان العدد ، فأما مع وجود عدد المستحلفين فلا يتكرر .

٢٨٤٣٤ - احتجوا : بما روي في قصة العسيف أن النبي ﷺ قال : « واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » .

٢٨٤٣٥ - والجواب : أنه ﷺ لا يَقُومُ بإسناد إقامة الحد إلا إلى من يعرف الأحكام . وقد استقر في الشريعة اعتبار العدد في الإقرار ، ولم يبين له تلقينها الرجوع ، وكذلك الحد عنها إذا رجعت بعد الإقرار .

٢٨٤٣٦ - احتجوا : بما روى عمران بن الحصين أن امرأة من جهينة أتت النبي ﷺ فقالت : إنها زنت وهي حبلى . فدعى وليها . فقال : « أحسن إليها . فإذا وضعت فجئني [(٩)] بها » . فلما وضعت جاءه بها . فأمر بها النبي ﷺ فسلبت ثيابها ، ثم أمر بها فرجمت [(١٠)] . فلم يذكر تكرار إقرارها .

٢٨٤٣٧ - وروى عبد الله بن بريدة عن أبيه أن امرأة من بني عامر أتت النبي ﷺ فقالت : إني فجرت وإني لحبلى . فقال لها : « ارجعي حتى تلدي » . فرجعت فلما

---

(١) في (م) : و [وكأنه] .
(٢) ساقط من (م) .
(٣) في (م) : [ثم] .
(٤) في (ص) ، (م) : [وهذا] .
(٥) في (م) : [الأثمان] .
(٦) ساقط من (م) .
(٧) في (م) : [يتكر] .
(٨) في (م) : [على] .
(٩) في (م) : [فجيء بها] .
(١٠) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣٢٤/٣) برقم ١٦٩٦ .

ولدت أتته بالصبي .

٢٨٤٣٨ - فقالت : هذا قد ولدته . قال : « ارجعي حتى تفطميه » فجاءت به وقد فطمته وفي يده شيء يأكله . فأمر بالصبي فدفع إلى رجل من المسلمين ، وأمر بها فحفر لها ، وأمر بها فرجمت [1] .

٢٨٤٣٩ - قلنا : روى عبد الرحمن بن أبي بكرة أن أباه حدثه أن النبي ﷺ كان على بغلة فجاءت امرأة فقالت : إني زنيت فأقم علي حد الله . قال : « ارجعي واستبرئي استبراء الدم » فعاودته مراراً . فلما كان في الرابعة . قال : « اذهبي حتى تضعين » [2] . وذكر القصة .

٢٨٤٤٠ - رواه أبو الحسن [3] بإسناده [4] . فهذا يدل على أنها أقرت أربع مرات ، ولم ينقل العدد . فإنما قصد بيان الرجم ولم يقصد بيان كيفية الإقرار .

٢٨٤٤١ - وقولها : تردد علي [كما رددت على ماعز] [5] ليدل [6] على اشتهار الأمر في ترداده ﷺ لماعز .

٢٨٤٤٢ - قالوا : حق يجب بالإقرار فلا يعتبر فيه التكرار كسائر الحقوق .

٢٨٤٤٣ - قلنا : سائر الحقوق لا يعتبر فيها شهادة أربعة فجاز أن يثبت بإقراره [7] مرة ، ولما لم يثبت الزنى : إلا بشهادة أربعة لم يثبت بإقراره مرة واحدة .

٢٨٤٤٤ - قالوا : سبب يوجب الحد فجاز أن يثبت بإقراره [8] مرة واحدة أصله حد الشرب والقذف .

٢٨٤٤٥ - [قلنا : حد القذف والشرب] [9] لم يفارق في عدد الشهادة فكذلك في عدد الإقرار ، ولما فارق حد الزنى نوعه في عدد الشهود جاز أن يخرج ين نوعه في عدد الإقرار .

٢٨٤٤٦ - قالوا : ما سقط بارتكاب مرة ثبت بإقرار مرة كحد الشرب والسرقة .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣٢٣/٣) برقم ١٦٩٥ .

(٢) أخرجه النسائي في السنن الكبرى (٢٨٧/٤) برقم ٧١٩٦ .

(٣) هو : الدارقطني .

(٤) سنن الدارقطني (١٢٧/٣) برقم ١٤٤ .

(٥) في (م) : [كما رددت ماعزًا] .

(٦) في (م) : [يدل] .

(٧) في (م) : [بإقرار] .

(٨) في (م) : [بإقرار] .

(٩) ساقط من (م) .

٢٨٤٤٧ - قلنا : سقوط الحد بالرجوع مرة لا يستدل به على ثبوته بإقراره مرة . لأن ما يسقط الحدود أقوى في الثبوت مما يثبتها ، ألا ترى أن الحد يسقط بالرجوع الذي ليس بصريح ولا يثبت إلا بصريح الإقرار . وقال النبي [١] في قصة ماعز لما قيل أنه هرب : « هلا أخليتم سبيله ؟ ! » [٢] فجعل مجرد الفعل رجوعًا ، وبالفعل لا يثبت الحد مع القدرة على القول باتفاق . ولأن الزوج لو رجع عن [٣] القذف مرة واحدة سقط اللعان ، ولا يثبت اللعان إلا بتكرار أربع مرات . ولو رجع الشهود لم يعتبر في رجوعهم لفظ الشهادة . ولا تثبت الشهادة إلا بلفظ مخصوص .

٢٨٤٤٨ - قالوا : لو [٤] أقر مرة واحدة لم تسمع الشهادة بالزنى ، ولو شهد عليه فأقر مرة سقطت الشهادة . وإنما سقط حكم البينة ببينة أقوى منها . فلولا أن الإقرار قد ثبت الزنى به لم يمنع صحة الشهادة ولم يبطلها بعد وجودها .

٢٨٤٤٩ - قلنا : الشهادة لا يثبت حكمها إلا مع الإمكان فإذا اعترف بالزنى لم تسمع الشهادة لعدة الشهود وإن كان هذا الإقرار يقف على التكرار واستظهاراً لإقامة الحد .

٢٨٤٥٠ - يبين ذلك : أنه لو أقر ثم جحد سقط حكم الإقرار ويخالف ذلك سائر الحقوق استظهاراً للحد كذلك لا يمنع أن يوجد الإقرار فتسقط الشهادة استظهاراً للحد [ولم يثبت به الحد حتى يتكرر استظهاراً للحد] [٥] .

٢٨٤٥١ - يبين ذلك : أن الشهادة يثبت بها إبطال جحود المشهود عليه . فإن كان مقرا لم يوجد معناها فبطلت .

٢٨٤٥٢ - قالوا : كل حكم يتعلق بالإقرار يعتبر [٦] فيه إقرار مرة واحدة أصله سقوط الحد عن القاذف . قلنا : ما يؤثر في إسقاط الحدود يخالف ما يوجبها ويثبت به على ما قدمناه .

٢٨٤٥٣ - ولأن سقوط الحد عن القاذف لا يختص بالزنى بدلالة أن المقذوف لو اعترف بوطء شبهة سقط الحد عن القاذف . ولم يجب الحد عن المقر .

• • •

(١) ساقط من (م) .
(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٤٥/٤) برقم ٤٤١٩ .
(٣) في (م) : [على] .
(٤) من (ص) .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .
(٦) في (م) : [يعتبره] .



مسألة ١٤١١

[بداية الشهود بالرجم]

٢٨٤٥٤ - قال أصحابنا : إذا ثبت الزنى بالشهادة فبداية الشهود بالرجم شرط ، فإن امتنعوا سقط الحد ، وإن ابتدأوا رجم الناس [١] .

٢٨٤٥٥ - وقال الشافعي : ليس ذلك بشرط [٢] .

٢٨٤٥٦ - لنا : ما روى المسعودي [٣] عن القاسم بن عبد الرحمن [٤] عن أبيه .

٢٨٤٥٧ - قال : رأيت عليا حين رجم شراحة الهمدانية . أتى بها وهي حبلى . فرفعها إلى المسجد فلما وضعت أخرجها فلفت في عباءة ثم حفر لها بئرًا . ثم قام علي [٥] وحمد الله . ثم قال : أيها الناس إنما الرجم رجمان رجم سر ورجم علانية . فرجم السر أن يشهد عليه الشهود فيرجمون ثم يرجم [الإمام ثم] [٦] الناس . ورجم العلانية أن يشهد على المرأة ما في بطنها ، فيخرج الإمام فيبدأ بالرجم ثم يرجم الناس . [ألا وأني] [٧] راجم فلا ترجموا . فتقدم فرماها بحجر فما أخطأ أصل أذنها . وكان من أضرب الناس رمية . ثم خلى بينهم وبينها [٨] . وهذا بحضرة الصحابة [من غير

---

(١) انظر : حاشية أبي السعود (٣٥٣/٢) ، وتبيين الحقائق (١٦٨/٣) ، وحاشية ابن عابدين (١١/٤) .

(٢) انظر : البيان (٧٦/١٢) ، وفتح الوهاب بشرح منهاج الطلاب (٢١٤/٤) ، وأسنى المطالب (١٣٣/٤) ، وهو مذهب الحنابلة . انظر : المغني (٤٧/٩) ، وكشاف القناع (٨٤/٦) . وذهب المالكية إلى القول بعدم شرطية البدء ولا استحبابه . انظر : حاشية الرهوني (١١٩/٨) ، وحاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٣٢٠/٤) .

(٣) هو : عبد الرحمن بن عتبة بن عبد الله بن مسعود المسعودي الهذلي من أهل الكوفة ، وأعلم أهل زمانه بحديث عبد الله بن مسعود . قال يحيى بن معين : ثقة يُكتب حديثه . سمع : القاسم بن عبد الرحمن ، وأبا إسحاق الشيباني ، وأبا عون الثقفي ، وغيرهم . وسمع منه : سفيان الثوري ، وابن عيينة ، وأبو داود الطيالسي ، وشعبة . مات ببغداد سنة ١٠٢ هـ . انظر : تاريخ بغداد (٢١٨/١٠) ، وشذرات الذهب (٢٤٨/١) ، وتاريخ الإسلام (٦١٨/٦) .

(٤) هو : القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله المسعودي ، ولي قضاء الكوفة . روى عن : جابر بن سمرة ، وعبد الله بن عمر ، وعن أبيه ، وعن جده مرسلًا . روى عنه : جابر الجعفي ، والمسعودي ، وأبو سلمة الجهني ، وأبو إسحاق الشيباني وروى له الجماعة عدا مسلم . مات سنة ١٢٦ هـ . انظر : تهذيب الكمال (٣٧٩،٢٣) ، والجرح والتعديل (١٢/٧) ، والكاشف (٣٣٧/٢) .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٧) في (م) : [الاراى] .

(٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٢٠/٨) .

خلاف][1] . وهو مخالف للقياس فيحمل[2] على التوقف .

٢٨٤٥٨ - ولأن من أصلنا أن قول الصحابي إذا لم يعرف له مخالف يقدم على القياس .

٢٨٤٥٩ - فإن قيل : هذا يدل على جواز البداية .

٢٨٤٦٠ - قلنا : دل[3] على وجوبها . لأنه جواب شرط فيقتضي الوجوب .

٢٨٤٦١ - فإن قيل : روي أنه بدأ[4] بالشهود فقطع السارق .

٢٨٤٦٢ - قلنا : لم نستدل لمجرد[5] الفعل وإنما استدللنا بالشرط الذي ذكره وجوابه وإظهاره في خطبته ، ولأن الشهود خصوم فجاز أن يقف الاستيفاء[6] بعد ثبوت الحق على معنى من جهتهم كالأولياء في القصاص[7] .

٢٨٤٦٣ - ولأن الشهادة تقف على معنى من جهة الشهود ومعنى من جهة الحاكم ، ثم إذا ثبت الحق بالحكم جاز أن يقف على استيفاء الحاكم كذلك يجوز أن يقف على استيفاء الشهود بيان ذلك : أن الحق إذا ثبت وليس له مطالب فلا بد أن يستوفيه الإمام أو يأذن لمن يستوفيه ، ولأن الحد معنى يجب بحضور عدد فجاز أن يقف بعد وجوبه على فعل من جهة كل واحد منهم كالجمعة .

٢٨٤٦٤ - احتجوا : بما روي : أنه ﷺ أمر أنيسا[8] الأسلمي إن اعترفت المرأة أن يرجمها ولم يحضر النبي ﷺ[9] .

٢٨٤٦٥ - قلنا : استخلفه[10] على إقامة الحد فاعتبر حضوره دون حضور من فوض ذلك إليه .

٢٨٤٦٦ - قالوا : النبي ﷺ أمر برجم ماعز والغامدية والجهينية ولم يحضر رجم واحد منهم .

٢٨٤٦٧ - قلنا : بداية الإمام عندنا ليس بشرط ، وإنما يشترط ذلك في الشهود خاصة . لأن الإمام قد وجد منه فعل بعد ثبوت الحد وهو الأمر فلم يحتج إلى فعل آخر . على أنا لا

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٢) ساقطة من (م) .
(٣) في (م) : [كل] .
(٤) غير واضحة في (ص) .
(٥) في (م) : [كمجرد] .
(٦) في (م) : [على الاستيفاء] .
(٧) في (م) : [القضاء] .
(٨) في (ص) و (م) : [أنيس] .
(٩) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٤٦/٦) برقم ٦٢٥٨ .
(١٠) في (م) : [لا يستخلفه] .

نعلم غيبة النبي ﷺ عن رجم ماعز بل يجوز أن يكون ابتدأ وخلى [1] بينه وبين الناس وانصرف فلهذا قال : « هلا خليتم سبيله » .

٢٨٤٦٨ - قالوا : حد يجب استيفاؤه فلا تجب على الشهود والإمام البداية كحد الجلد والسرقة .

٢٨٤٦٩ - قلنا : قد اعتبر في الرجم من الاستظهار ما لم يعتبر في سائر الحدود . بدلالة توقفه [2] على شهادة أربعة . كذلك يجوز أن يقف على مباشرة الشهود استظهارًا . ألا ترى أنهم [إذا كلفوا المباشرة] [3] استعظموا القتل فتوقفوا ورجعوا .

٢٨٤٧٠ - ولا يقال : هذا يوجب تهمة الشهود [لأنه استظهار وإن لم يوجد] [4] ولأنهم إذا رأوا [5] القتل . وقفوا عن مباشرته وإن كانوا صادقين ، وهذا استظهار في الحد [6] وليس فيه تهمة .

٢٨٤٧١ - ولأن سائر الحدود تقف على مستوفى مخصوص . لأن الإمام يتخير من يحسن أن يقيمها [7] فكذلك [8] هذا الحد يجوز أن يقف على مستوفى مخصوص ، وما ذاك إلا الشهود .

٢٨٤٧٢ - ولأن سائر الحدود لا يحسن كل واحد أن يقيمها ، لأن من لا يحسن الضرب يقتل بضربه ، والقطع لا يحسن إلا أفراد الناس ، والرجم بالحجارة يحسنه جميع الناس . فلو كلفنا الشهود مالا يحسنونه بطل الاستيفاء ، وإذا كلفناهم الرجم لم يبطل الاستيفاء .

٢٨٤٧٣ - قالوا : قتل مستحق كالقصاص .

٢٨٤٧٤ - قلنا : الشهود ليسوا بخصوم في القصاص ، وإنما الخصم هو الولي ، والاستيفاء بعد الثبوت يقف فعل على من جهة الشهود في مسألتنا هم الخصوم ، فيجب أن يقف الاستيفاء على معنى من جهتهم .

* * *

---

(١) في (م) : [ثم خلى] .
(٢) في (م) : [موقفه] .
(٣) في (م) : [إذا كانوا المباشرين] .
(٤) ما بين المعكوفين ساقط من (م) .
(٥) في (م) : [نهوا] .
(٦) في (م) : [الحد] .
(٧) في (م) : [يقيموا] .
(٨) ساقط من (ص) .



[الإقرار بالزنى بعد ثبوته بالشهادة]

٢٨٤٧٥ - [قال أصحابنا] (١) إذا شهد أربعة على رجل بالزنى فأقر مرة واحد سقط الحد عنه (٢) .

٢٨٤٧٦ - قال الشافعي : لا يسقط (٣) .

٢٨٤٧٧ - لنا : أن الشهادة لا يتعلق بها حكم في المقر ، وإنما تقبل مع الجحود . فإذا أقر سقط حكمها . بقي إقراره مرة واحدة . وقد دللنا على أن الحد لا يثبت إلا بإقرار أربع مرات . فإذا ثبت هذا الأصل سقط الحد .

٢٨٤٧٨ - احتجوا : بأن كل بينة لو قابلها التكذيب حكم بها . فإذا قابلها التصديق حكم بها كسائر البينات .

٢٨٤٧٩ - قلنا : لا نسلم أن البينة في سائر الحقوق إذا قابلها التصديق سقطت وقضي بالإقرار .

٢٨٤٨٠ - وفي مسألتنا تسقط (٤) ويبقى الإقرار مرة واحدة فلا يمكنه القضاء به .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ ، وأثبتناه تمشيًا مع أسلوب المصنف .
(٢) انظر : حاشية أبي السعود (٣٥٢/٢) ، والجوهرة النيرة (١٤٩/٢) ، ومجمع الأنهر (٥٩٥/١) .
(٣) انظر : نهاية المحتاج (٤٣١/٧) ، والحاوي (٤٦/١٧) وروضة الطالبين (٩٧/١٠) .
(٤) ساقطة من (ص) .



[إكراه الرجل على الزنا]

٢٨٤٨١ - قال أصحابنا : إذا أكره الرجل على الزنى وجب عليه الحد (١) .

٢٨٤٨٢ - وقال الشافعي : لا حد عليه (٢) .

٢٨٤٨٣ - لنا : أن الخوف ينافي الشهوة والانتشار ، فلما وجد منه دل على اختياره ، ومتى قارن فعل المكره ما يدل على الاختيار سقط حكم الإكراه . كمن أكره على البيع بألف فباع بألفين ، وكما لو قال بعد الفعل : كنت لهذا مختارًا .

٢٨٤٨٤ - فإن قيل : هذا يبطل إذا أكرهه السلطان

٢٨٤٨٥ - قلنا : من أصحابنا من قال : يجب الحد وإنما كان قول أبي حنيفة الأول لمن أكرهه غير (٣) السلطان ليس بإكراه ، ففرق في الحدود على هذا القول . فأما على القول [الثاني فإكراه السلطان] (٤) وغيره سواء ، والحد يجب في الحالتين [فعلى هذا يسقط السؤال] (٥) . ومن أصحابنا من قال : إن (٦) السلطان إذا أكرهه فقد قارن الفعل أيضاً ما ينافي الخوف إلا أن الإمام ... (٧) فلم يجب الحد لعدم الإمام ، ويصير كمن زنى في دار الحرب .

٢٨٤٨٦ - ولا يجوز لمخالفنا أن يقول : عندي أن وجوب الحد لا يقف على ثبوت يد

---

(١) انظر : الجامع الصغير مع شرحه النافع الكبير ص ٢٨١ ، والفتاوي الهندية (١٥٠/٢) ، والبحر الرائق (٢٠٠/٥) وذهب المالكية في الأظهر عندهم إلى أن المكره على الزنى يحد ويدفع الصداق للمكرهة ويرجع به على المكره . وهو المذهب المنصوص عليه عند الحنابلة وعليه جماهير أصحابهم . انظر : تبيين المسالك شرح تدريب السالك (٤٩١/٤) ، والإنصاف (١٨٢/١٠) .

(٢) انظر : مغني المحتاج (١٤٥/٤) ، والمهذب (٢٨٤/٢) ، والحاوي (٨٤/١٧) ، والروضة (١٥٩/١٠) . وهو المشهور عند المالكية واختاره اللخمي والمحققون كابن العربي وابن رشد . و محل الخلاف عند المالكية إذا أكره على الزنى وكانت طائعة ولا زوج لها ولا سيد ، وإلا حد اتفاقًا نظرًا لحق الزوج والسيد ، وإلى أنها مسكينة لا يجوز أن يقدم عليها ولو بسفك الدم . وهذا هو الرواية الثانية عند الحنابلة . انظر : حاشية الدسوقي (٣١٨/٤) ، وكشاف القناع (١٥٨/٤) .

(٣) في (م) : [لو أكرهه عن] .

(٤ ، ٥) ساقطة من (ص) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

(٧) توجد هنا كلمة غير واضحة في (ص) .

الإمام [لأنا نقول إن خلف] [١] الإمام يقيمون الحد لا لو صعب [٢] على أن الواطئ مختار للوطء ، وسوينا بين من أكرهه السلطان وغيره في هذا المعنى فسقط النقض . والكلام في سقوط الحد بشبهة الإمام لا تعلق له بهذه المسألة .

٢٨٤٨٧ - فإن قيل : إنما يخاف ما يوعد به إذا امتنع من الفعل .

٢٨٤٨٨ - قلنا : لما [٣] قدم عليه لم يخف لأنهم لا يوقعون به المكروه .

٢٨٤٨٩ - وقلنا : من يستحيل أن يكره على الزنى لا يؤمن أن بعده يرفع المكروه إذا زنى ثم يوقعه به ، والخوف لا يزول مع هذا التجويز .

٢٨٤٩٠ - احتجوا : بقوله ﷺ : « ادرؤوا الحدود بالشبهات » [٤] .

٢٨٤٩١ - قلنا : لا نسلم وجود الشبهة . لأن الظاهر من حال الواطئ أنه مختار للوطء على ما بيناه والمختار لا يؤثر فيه الإكراه .

٢٨٤٩٢ - قالوا : مكره على الوطء فوجب أن لا يجب الحد به أصله : إذا أكرهه السلطان .

٢٨٤٩٣ - قلنا : من أصحابنا من لا يسلم ذلك ويقول : إكراه السلطان وغيره سواء ، فلو سلمنا ذلك فالحد وجب عندنا إذا أكرهه السلطان وتعذر الاستيفاء لأنه لم يبق من يملك ذلك فصار كالزنى في دار الحرب أن الحد يجب ولا يستوفي عندنا .

٢٨٤٩٤ - قالوا : كل معنى إذا أكرهت المرأة عليه لم يجب الحد إذا أكره الرجل لم يجب كشراب الخمر .

٢٨٤٩٥ - قلنا : المرأة إذا أكرهت لا [٥] يقارن فعلها ما يدل على الاختيار . فوزانه [٦] من المرأة أن تكره تمكين زيد من نفسها فتنعم عمرًا ، والمعنى في حد الشرب والسرقة أنه [٧] لا يقارن [٨] فعله ما يستدل به على القصد والاختيار . ولو قارنه ذلك وجب الحد كما في [٩] مسألتنا .

---

(١) في (م) : [أو تقول إن خلفا] . (٢) في (م) : [لا لو ضعت] .
(٣) في (م) : [ذلك] .
(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه (٨٥٠/٢) برقم ٢٥٤٥ .
(٥) في (م) : [ما] . (٦) غير واضحة في (ص) .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .
(٨) في (م) : [لا يقارن] . (٩) في (م) : [قبل] .

٢٨٤٩٦ - قالوا : فعل يستباح بالإكراه كالشرب والسرقة .

٢٨٤٩٧ - قلنا : هذا غير مسلم لأن الزنى لا يحل بالإكراه ، ولا يجوز للمكره الإقدام عليه ويحل له الإقدام على الشرب والسرقة فلم يصح الجمع بهذا الوصف .

٢٨٤٩٨ - قالوا : الشهوة والانتشار طبع من الآدمي فيجوز أن يوجد ذلك مع الكراهة ثم يكره على المخالطة .

٢٨٤٩٩ - قلنا : من طبع الآدمي إذا خاف زال انتشاره فلما لم يزل علمنا أنه غير خائف ، وقولهم أنه قد لا يزول الانتشار مع الخوف أمر نادر جرت العادة بخلافه .

* * *

مسألة ١٤١٤

[إذا وطئ من ظنها حلالًا فبانت أجنبية]

٢٨٥٠٠ - قال أصحابنا : إذا وجد الرجل امرأة نائمة في داره أو على فراشه ، وظنها زوجته أو جاريته فجامعها . ثم وجدها أجنبية ، وجب عليه الحد [1] .

٢٨٥٠١ - وقال الشافعي : لا حد عليه [2] .

٢٨٥٠٢ - لنا : أن دار الإنسان تنام فيها الزوجة وذات الرحم والأجنبية ، فظنه أنها زوجته ظن لا يستند إلى سبب صحيح . فصار كما لو شهد نائمة في دار غيره وعليها ثياب امرأته فوطئها . ولا يقدر على مشاهدتها أو سماع كلامها ليعلم حقيقة الأمر . ومن رجع إلى الظن وهو يقدر على المشاهدة والسماع لم يعتد بظنه . كمن اجتهد في القبلة وبحضرته [من يسأله] [3] عنها ، أو هو بقرب مسجد يمكنه أن ينظر إلى محرابه . ولأنه لو لم يظنها زوجته وجب بوطئها الحد . فإذا وطئها [لم يسقط بظنه الحد] [4] أصله إذا وجدها في غير داره .

٢٨٥٠٣ - احتجوا : بقوله ﷺ : « ادرؤوا الحدود بالشبهات » [5] .

٢٨٥٠٤ - قلنا : مجرد الاشتباه ليس بشبهة بدلالة من اشتبه عليه محرم [6] ، ومن ظن أن الخمر ليس بخمر فشربها قبل أن يسأل عنها أربابها [7] .

٢٨٥٠٥ - قالوا : وطء يتعلق به تحريم المصاهرة فوجب أن يتعلق به الحد أصله الوطء في المتعة ، والوطء بنكاح بغير شهود .

---

(١) انظر : حاشية أبي السعود (٢/٣٦٠) ، وشرح العيني على الكنز (١/٢٣١) ، ومجمع الأنهر (١/٥٩٤) وتبيين الحقائق (٣/١٧٨) ، وحاشية ابن عابدين (٤/٢٥) ، والبحر الرائق (٥/١٥) .

(٢) انظر : روضة الطالبين (١٠/٩٣) ، والمهذب (٢/٢٦٨) وتحفة المحتاج على شرح المنهاج (٩/١٠٤) . وهو مذهب المالكية . انظر : منح الجليل شرح مختصر خليل (٩/٢٥١) . ومذهب الحنابلة : أنه إذا كان ليلًا ؛ سقط الحد عنه وعليه الصداق ، ومن علم منهما ؛ فعليه الحد ، وإن حدت المرأة سقط صداقها . انظر : الكافي (١/٥٧٤) ، والمبدع (٩/٧٠) ، والمحرر (٢/١٥٣) .

(٣) في (م) : [من شهادة] .

(٤) في (م) : [لم يسقط الحد بظنه] .

(٥) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/٨٤) برقم ٨ .

(٦) في (م) : [تحريم] .

(٧) غير واضحة في (ص) .

٢٨٥٠٦ - قلنا : تحريم المصاهرة من أحكام الوطء الموجبة للتغليظ ، [والحد من أحكام [الزنى فله حكمه] [1] [فوجود أحد الحكمين يجلب الآخر ولا ينفيه] [2] . والمعنى في الوطء بالعقود الفاسدة أنه وطء استند إلى سبب [لو كان صحيحًا أباح الوطء ، فإن كان فاسدًا أسقط . والوطء في مسألتنا لم يستند إلى سبب] [3] ، فلم يسقط الحد مع التفريط في الاستعلام .

٢٨٥٠٧ - قالوا : وطئها وهو يعتقد أن وطئها حلال فلا يجب عليه الحد كمن زفت إليه غير امرأته .

٢٨٥٠٨ - قلنا : هناك لا يتمكن من معرفتها : إلا بالخبر ، وقد وجد الخبر أنها زوجته فلم يوجد من جهته تفريط . وفي مسألتنا عليه أن يتوصل إلى معرفتها بمشاهدتها أو سماع كلامها ، فصار كما لو زفت إليه امرأة ولم يخبره النساء أنها امرأته فوطئها وإذا هي أجنبية وجب عليه الحد .

٢٨٥٠٩ - قالوا : الواطئ بالنكاح الفاسد لا حد عليه وهو يعلم بالتحريم فلأن لا يجب في مسألتنا وهو يعتقد الإباحة أولى .

٢٨٥١٠ - قلنا : مجرد الظن من الإباحة والتحريم لا يوجب الحدود ولا يسقطها .

٢٨٥١١ - وإنما المعتبر الأسباب . ففي العقد الفاسد لا يجب الحد مع العلم بالتحريم لأن العقد شبهة حكمته .

٢٨٥١٢ - وفي مسألتنا يعتقد الإباحة ، ولأن هناك سبب للشبهة فلم يتعلق بمجرد الاعتقاد سقوط الحد .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين غير واضح في (ص) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٣) ما بين المكوفتين ساقط من (م) .



[وطء من لا يحل نكاحها بعقد]

٢٨٥١٣ - قال أبو حنيفة : إذا تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها فلا حد عليه [١] .

٢٨٥١٤ - وقال الشافعي : إذا تزوج ذات رحم محرم منه من نسب أو رضاع ، أو تزوج خامسة ، أو أخت امرأته ، أو معتدة ، أو ذات زوج ، أو امرأة طلقها ثلاثا ، أو بانت منه بلعان ، أو أم امرأته ، أو بنت امرأته وقد دخل بأمها ، أو امرأة أبيه [٢] أو حليلة ابنه . فإن كان لا يعلم بالتحريم فلا حد ، وإن كان عالمًا ؛ حد قالوا : ولو تزوج العبد بغير إذن مولاه ، أو الأمة بغير إذن مولاها ، ووقع الوطء مع العلم بالتحريم حدًّا . وإذا وطئ أمه [٣] أو أخته من النسب أو الرضاع مع العلم بالتحريم ففيه قولان . فإذا وطء عبده وجب عليه الحد قولًا واحدًا [٤] .

٢٨٥١٥ - والكلام في هذه المسألة يقع أولا : في أن هذا الوطء هل [٥] يسمى [٦] زنى أم لا ؟ والثاني : في نفس المسألة . والثالث : في أن [٧] مجرد العقد شبهة . والرابع : في وطء أمته إذا كانت ذات محرم منه .

٢٨٥١٦ - والدليل على أن هذا الوطء ليس بزنى أن العرب لما كانت المجوس يتزوجون بذات أرحامهم ، ولا يسمون أولادهم أولاد زنى ، ولا يجوز أن يكون امتنعوا من التسمية لاعتقاد المجوس الإباحة لأن العرب وضعت الأسماء وهم لا يعتقدون الإباحة والتحريم ولا يعرفون ذلك . ولأنهم يسمون الوطء [٨] الذي عرى عن عقد زنى ، فمن زعم أنهم يسمون الوطء [٩] المتصدر عن عقد الزنى احتاج إلى نقل عنهم . ولأن تزويج الأخوات [كان حلالًا في شريعة من قبلنا؟والزنى ما كان حلالًا قط] . ولأنا نقر الكفار على هذا الوطء . ولو كان زنى لم يجز إقرارهم عليه باللعان [١٠] . وإذا ثبت أنه ليس بزنى ، والله تعالى أوجب هذا الحد على الزاني [١١] فإيجابه [١٢] على غيره إلحاق

---

(١) انظر : المبسوط (٨٦/٩) ، ومجمع الأنهر (٥٦١/١) ، والعناية شرح الهداية (٢٦٠/٥) .

(٢ ، ٣) في (م) : [ابنه] .

(٤) انظر : الأم (٢٦/٥) .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) في (م) : [مساويا] .

(٧) ساقطة من (ص) .

(٨ ، ٩) في (م) : [الواطئ] .

(١٠) في (م) : [بالإيمان] .

(١١) في (م) : [بالزنى] .

(١٢) في (م) : [وإيجابه] .

نوع لم يرد فيه حد بما ورد فيه الحد وهذا لا يصح . ولأنه وطء ليس بزنى فلم يجب به الحد [كالوطء بشبهة .

٢٨٥١٧ - الكلام في نفس المسألة : أنه وطء لو وجد من الكافر لم نوجب الحد](1) فإذا وجد من المسلم لم نوجب الحد أصله إذا تزوجها شهرًا .

٢٨٥١٨ - ولأن الحد لو وجب بهذا الوطء (2) لاستوى فيه الكافر والمسلم كالزنى وعكسه المتعة .

٢٨٥١٩ - ولأن المعقود عليه يستباح بنوع هذا العقد . فإذا وجد العقد غير مبيح لم يجب الحد بالوطء كما لو كان الواطئ ذميًّا .

٢٨٥٢٠ - فإن قيل : الآدمي يعتقد الإباحة والمسلم يعتقد التحريم .

٢٨٥٢١ - قلنا : اعتقاد الإباحة لا يسقط الحد إلا إذا وجد سبب مؤثر بدلالة أن يعتقد إباحة الزنى من الكفار لا يسقط الحد عنه ومن يعتقد إباحة الخمر لا يسقط الحد عنه . وكذلك اعتقاد التحريم مع وجود سبب ثبوت في الحد لا يتعلق به الحد . بدلالة وطء الأب جارية ابنه « ووطء أحد الشريكين » ووطء المولى جاريته المجوسية أو الحائض أو ذات الزوج . ولأن المعتدة [تستباح بهذا العقد] (3) بعد العدة . فإذا تزوجها في العدة فقد شرط من شرائط العقد . فصار كعقد الشهود . ولأنه وطء تقدمه إيجاب وقبول من الواطئ على بضع الموطوءة كسائر الأنكحة الفاسدة . ولأنه وطء عن عقد كمن تزوج امرأة قد زنى بأمها .

٢٨٥٢٢ - فإن قيل : المعنى في سائر الأنكحة الفاسدة أنها مختلف في جوازها ، فكان الاختلاف في وقوع الإباحة شبهة .

٢٨٥٢٣ - قلنا : إن أردتم الخلاف (4) المعتد به فلم يوجد (5) في المتعة . فإن خلاف ابن عباس سقط برجوعه ، وبإجماع التابعين بعده . وكذلك خلاف أبي ثور (6) في

---

(1) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(2) في (م) : [الواطئ] .
(3) في (م) : [يستباح بها العقد] .
(4) في (م) : [الاختلاف] .
(5) ساقطة من (م) .
(6) مكانها بياض في (ص) ، (م) ، والمثبت من المحلى لابن حزم (١٩/٩) حيث قال : وممن أباح نكاح المجوسية أبو ثور . وهو : أبو ثور إبراهيم بن خالد المكي البغدادي . روى عن : سفيان بن عيينة ، والشافعي ، وغيرهما . وروى عنه : أبو داود ، وابن ماجه ، وغيرهما . قال النسائي : هو ثقة مأمون ، مات في صفر سنة ٢٤٠ هـ . انظر : تهذيب التهذيب (١٠٢/١) ، والتاريخ الصغير (٣٧٢/٢) ، تذكرة الحفاظ (٥١٢/٢ - ٥١٣) .

جواز نكاح [1] المجوسية لا يعتد به . وإن أردتم وجود الاختلاف وإن لم يعتد به انتقض بالمطلقة ثلاثًا . فإن الخلاف في ذلك سابق . قال الحسن : هي تطليقة واحدة . ومع ذلك قلتم يجب الحد على من طلقها إذا عقد عليها [2] . ولأن وجود الخلاف في الإباحة لا يكون شبهة في حق من[3] يعتقد التحريم . فلم يبق إلا مجرد العقد وهو في مسألتنا .

٢٨٥٢٤ - وقد قالوا : إن العبد إذا تزوج بغير إذن مولاه ، ووطئ وهو عالم بالتحريم وجب الحد [ولم نعتد] [4] بالخلاف في جواز نكاح العبد بغير إذن مولاه .

٢٨٥٢٥ - وأما الدليل على أن العقد في نفسه شبهة : - أن العقد [والملك كل واحد] [5] منهما سبب للإباحة [6] . فإذا كان الملك إذا وجد غير مبيح المشركة والمجوسية كان شبهة . كذلك [7] العقد إذا وجد غير مبيح . ولأن العقد أعم من الإباحة لأنه [يوجد في الإماء] [8] . والملك لا يوجد إلا في الإماء . وإذا كانت الإباحة [في العقد] [9] أعم فأولى أن يكون شبهة . ولأن العقد [10] أخص بالإباحة . لأنه لا يوجد إلا مبيح والملك يوجد غير مبيح . فإذا كان الملك شبهة فالعقد أولى .

٢٨٥٢٦ - فإن قيل : الملك يوجد في الموضع الذي لا يبيح والذي لا نسلم وجوده في موضع الخلاف .

٢٨٥٢٧ - قلنا : الملك الموجب للإباحة [لا يوجد] [11] في موضع الاستشهاد ، وإنما يوجد ملك غير مبيح كذلك في موضع الخلاف . لا يوجد عقد مبيح وإنما يوجد عقد غير مبيح . ألا ترى : أن العقد [12] هو الإيجاب والقبول فيما يجوز أن يملك بنوع ذلك العقد وهذا أمر موجود في نكاح المعتدة وذات الزوج وأخت امرأته . ولذا نقول : إن عقد البيع إذا وقع فاسدًا لا يبيح تناول العين [13] ثم يسقط القطع في سرقتها .

٢٨٥٢٨ - والدليل على أنه إذا ملك معتدة أو أخته [من الرضاع] [14] فوطئها لم

---

(١) ساقطة من (م) .
(٢ ، ٣) زيادة أثبتناها ليستقيم النص .
(٤) في (م) : [من بعده] .
(٥) في (م) : [والملك على كل واحد] .
(٦) في (م) : [الإباحة] .
(٧) في (م) : [لذلك] .
(٨) في (م) : [لا يوجد في الإماء] .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(١٠) في (م) : [العبد] .
(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(١٢) في (م) : [العبد] .
(١٣) في (م) : [الغير] .
(١٤) في (م) : [الرضاعة] .

يجب عليه الحد : لأنه وطء في ملك [لا يتعلق به حد] [١] كوطء الجارية المشتركة والمكاتبة والحائض . ولأن تحريم العدة عارض في الملك كتحريم المجوسية والحائض .

٢٨٥٢٩ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَمَقْتًا وَسَآءَ سَبِيلًا ﴾ [٢] . فسمي ذلك فاحشة ، وهذا اسم الزنى . بدلالة قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّٰتِى يَأْتِينَ ٱلْفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ فَٱسْتَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ ﴾ [٣] .

٢٨٥٣٠ – قلنا : الفاحشة اسم لكل فعل منكر في الشرع . فإذا عنى [٤] بذلك عن الزنى .

٢٨٥٣١ – في موضع لم يوجد تخصيص الاسم به . لأن كل زنى فاحشة وليس كل فاحشة زنى . قال الله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ ﴾ [٥] .

٢٨٥٣٢ – ولأن حقيقة النكاح عند الشافعي قولنا حقيقة . ونفس العقد ليس بزنى ولا يجب به الحد . وعلى قولنا حقيقة الاسم الوطء [عندنا] [٦] كما وطئ امرأة ابنه بغير عقد [نوجب] [٧] عليه الحد .

٢٨٥٣٣ – قلنا : فظاهر [٨] الآية على تسليم قولهم : إن الفاحشة : اسم يختص بالزنى .

٢٨٥٣٤ – فإن قالوا : الآية عامة فيمن وطئ بعد عقد ، ومن وطئ من غير عقد .

٢٨٥٣٥ – قلنا : هذا يدل لقولهم أن النكاح في القرآن لم يعبر به إلا عن العقد وأنه هو الحقيقة .

٢٨٥٣٦ – احتجوا : بحديث البراء قال : لقيت خالي معه الراية . فقلت : أين تذهب ، فقال : أرسلني رسول الله ﷺ إلى رجل تزوج امرأة أبيه [٩] من بعده . أن أضرب عنقه [١٠] .

٢٨٥٣٧ – قلنا : الراية لا تعقد لإقامة الحدود ، وإنما تعقد للجهاد . والحد في الزنى لا يكون ضرب الرقبة ، وإنما [يكون الحد] [١١] بضرب الرقبة في الردة . فهذا يدل

---

(١) في (م) : [يتعلق به حد] .
(٢) سورة النساء : الآية ٢٢ .
(٣) سورة النساء : الآية ١٥ .
(٤) في (م) : [عين] .
(٥) سورة الأنعام : الآية ١٥١ .
(٦) ما بين المعكوفتين في (م) : [وعندنا] .
(٧) في (م) : [فوجب] .
(٨) في (م) : [بظاهر] .
(٩) في (م) : [ابنه] .
(١٠) أخرجه النسائي في سننه (١٠٩/٦) برقم ٣٣٣١ .
(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

[على أن الرجل] [١] عقد العقد مستحلا له فارتد [٢] بذلك . يبين هذا أنه لم يذكر في الخبر الدخول بها فعلم أن القتل تعلق بسبب لم يذكر .

٢٨٥٣٨ - زعم مخالفنا أنه الدخول .

٢٨٥٣٩ - وقلنا نحن : إنه الاستحلال .

٢٨٥٤٠ - قالوا : روى أبو جهم [٣] عن البراء . قال : ضلت إبل لي فخرجت في طلبها . فإذا بخيل قد أقبلت . فلما ولي أهل الماء الخيل انضموا إلي ، وجاءوا إلى خباء من تلك الأخبية فاستخرجوا رجلًا فضربوا عنقه . قالوا : هذا رجل عرس بامرأة أبيه [٤] فبعث إليه النبي ﷺ ، فقتله [٥] . قالوا : ففي هذا الخبر الدخول .

٢٨٥٤١ - قلنا : ليس ذكر التعريس دلالة على الدخول . لأنه قد يعرس بالمرأة ولا يدخل بها . وقد روى يزيد بن البراء [٦] عن أبيه . قال : لقي خاله ومعه راية . فقلت : إلى أين [٧] تذهب ، فقال : بعثني رسول الله ﷺ إلى رجل نكح امرأة أبيه [٨] أن أقتله وآخذ ماله [٩] .

٢٨٥٤٢ - وروى معاوية بن قرة [١٠] عن أبيه أن النبي ﷺ بعث جده معاوية إلى رجل عرس بامرأة أبيه [١١] . أن يضرب عنقه ويخمس ماله [١٢] ، وهذا لا يكون إلا في المرتد فدل على أن القتل كان للاستحلال .

---

(١) في (م) : [أن للرجل] .
(٢) ساقطة من (م) .
(٣) أبو جهم : سليمان بن الجهم مولى البراء بن عازب . روى عن : مولاه ، وأبي مسعود الأنصاري البدري ، ومطرف بن طريف . وروى له : أبو داود ، والنسائي ، وابن ماجه . انظر : التاريخ الكبير (٤/٥) ، والثقات (٣١٠/٤) .
(٤) في (م) : [ابنه] .
(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٩٥/٤) برقم ٧٢٢٠ .
(٦) يزيد بن البراء بن عازب الأنصاري تابعي ثقة . كان أميرًا على عمان . يروي عن : أبيه . وروى عنه : عدي ابن ثابت ، وأبو جناب الكلبي ، وأبو عائذ . انظر : الثقات (٥٣٤/٥) وتهذيب التهذيب (٢٧٦/١١) .
(٧) في (ص) : [أن] .
(٨) في (م) : [ابنه] .
(٩) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٠٧/٣) برقم ٥٤٨٩ .
(١٠) في (م) كره . وهو : معاوية بن قرة بن إياس المزني الفهري . من فقهاء التابعين . سمع : أباه ، وأنس ابن مالك ، وعبد الله بن مغفل . وروى عنه : شعبة والأعمش ، وسماك بن حرب ، وخالد الحذاء . مات سنة ١١٣ هـ . انظر : الجرح والتعديل (٣٧٨/٨) ومشاهير علماء الأمصار (٩٢/١) .
(١١) في (م) : [ابنه] .
(١٢) أخرجه ابن ماجه في سننه (٨٦٩/٢) برقم ٢٦٠٨ .

٢٨٥٤٣ - قالوا : روى عبد الله بن عباس عن النبي ﷺ قال [١] « من وقع [٢] على ذات محرم فاقتلوه » [٣] .

٢٨٥٤٤ - قلنا : هذا الخبر لا يعرف ولا وجدناه في كتاب يوثق به [٤] . وإن [٥] ثبت [٦] كان [محمولًا على المستحل] [٧] لأنه ذكر الفعل ، ولم يذكر الإحصان أو نحمله على من وقع عليها من غير عقد .

٢٨٥٤٥ - قالوا : وطء محرم بدواعيه غير مختلف فيه لم يصادف شبهة الملك . فإذا كان الواطئ ممن يحد بالزنى فوطئ مع العلم بالتحريم كان عليه الحد . أصله إذا وطئ أجنبية بغير شبهة .

٢٨٥٤٦ - وقولهم « محرم بدواعيه » : احتراز عن وطء المظاهر والصائم . « غير مختلف فيه » : احتراز من العقود المختلف في جوازها . « لم تصادف شبهة الملك » [٨] احتراز من الجارية إذا كانت ذات محرم من مولاها على أحد القولين . « فإذا كان الواطئ ممن يحد بالزنى » : احتراز من الحربي . « مع العلم بالتحريم » : احتراز بمن وجد امرأة على فراشه ومن المجوسي .

٢٨٥٤٧ - قلنا : قولكم لم [٩] يصادف شبهة الملك ليس بصحيح . لأن شبهة الملك [وشبهة النكاح يستويان في إسقاط الحد . وقد وجدت شبهة النكاح في مسألتنا كما وجدت شبهة الملك] [١٠] في أخته من الرضاع . ويبطل بنكاح المتعة والمجوسية .

٢٨٥٤٨ - فإن قالوا : إنه مختلف فيه .

٢٨٥٤٩ - قلنا : إذا طلقها ثلاثا ثم تزوجها فوطئها وجب الحد . ويبطل بالمجوسي [١١] إذا تزوج أخته ثم وطئها لا يجب عليه الحد مع وجود أوصافهم .

٢٨٥٥٠ - وقولهم : إنه غير عالم بالتحريم : لا [١٢] يصح . لأن الحجة قامت على الكفار يرجون [١٣] على الإسلام واتباع شرائعه فجهلهم كجهل المسلم عموم الزنى .

---

(١) في (ص) : [قالوا] .
(٢) في (م) [رفع] .
(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (١٢٦/٣) برقم ١٤٢ .
(٤) أخرجه الترمذي في سننه (٦٢/٤) برقم ١٤٦٢ .
(٥) ساقطة من (م) .
(٦) ساقطة من (ص) .
(٧) في (م) : [مجهولًا على المستحيل] .
(٨ ، ٩) ساقطة من (م) .
(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .
(١١) ساقطة من (ص) .
(١٢) في (ص) : [لأن] .
(١٣) غير واضحة في (ص) .

والمعنى في وطء الأجنبية أنه وطء عري [١] . عن عقد وملك وشبهة . وفي مسألتنا وطء تقدمه عقد لو كان صحيحًا أباحه ، فإذا كان فاسدًا كان شبهة كوطء المجوس .

٢٨٥٥١ - قالوا : عقد النكاح على من لا يستبيحه أحد [٢] فصار كما لو عقد على غلام .

٢٨٥٥٢ - قلنا : وطء الغلام لا يبيحه هذا العقد ولا نظيره فوجوده وعدمه سواء كعقد [٣] البيع على الحر .

٢٨٥٥٣ - وفي مسألتنا : المعقود عليه يستباح بالعقد الصحيح والفاسد . كما أن شراء المملوكة إذا كانت أجنبية أباح وطئها . فإذا كانت ممن لا يستباح بالشراء ؛ صار الملك شبهة .

٢٨٥٥٤ - قالوا : الشبهة ما كانت في الموطوءة كالمملوكة التي يملك بدل بضعها أو بضعه أو في الواطئ ؛ مثل أن يظنها حلالًا ، ومثل أن يجدها على فراشه أو في الفعل مثل أن يختلف الفقهاء في الإباحة . وفي مسألتنا لا يملك الموطوءة ، ولا له شبهة ملك وهو عالم بالتحريم والتحريم مجمع عليه [فلم توجد شبهة في الفاعل ولا في المفعول ولا في الفعل .

٢٨٥٥٥ - قلنا : إذا وطئ الحائض وهو عالم بالتحريم ، والتحريم مجمع عليه] [٤] ، وعقد [٥] النكاح لا يتناول هذا [العقد فلا تحل به] [٦] . ثم كان للعقد شبهة في سقوط الحد فيه كذلك في مسألتنا .

٢٨٥٥٦ - فإن قالوا : العقد على الحائض مبيح للوطء في الجملة

٢٨٥٥٧ - قلنا : ما لم يتناوله العقد بالإباحة فهو كالمستوفي بعقد في أنه شبهة . وقد قال الشافعي : إنه لو وجد أمه أو بنته نائمة في داره فظنها زوجته فوطئها فلا حد عليه ، والظن الذي لا يبيح أدون من العقد الذي [لا يبيح] [٧] . فإن فرقوا بينهما بالعلم والجهل بطل [٨] بوطء الجارية المشتركة ، ووطء الأب جارية الابن مع العلم بالتحريم .

* * *

---

(١) في (م) : [في عري] .
(٢) ساقط من (م) .
(٣) في (م) : [العقد] .
(٤) ما بين المعكوفين ساقط من (م) .
(٥) في (م) : [وفي عقد] .
(٦) في (م) : [الوطء فلا تملك به] .
(٧) في (م) : [أبيح] .
(٨) في (م) : [بطا] .



مسألة ١٤١٦

[استئجار المرأة للزنى]

٢٨٥٥٨ - [قال أصحابنا] [١] إذا استأجر امرأة [٢] ليطأها أو ليزني بها فلا حد عليه [٣] .

٢٨٥٥٩ - وقال الشافعي : عليه الحد [٤] .

٢٨٥٦٠ - لنا : ما روي أن امرأة استسقت راعيا . فأبى أن يسقيها إلا أن تمكنه من نفسها ففعلت . فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب . فدرأ عنها [٥] الحد [٦] . و [٧] لأنه عقد على بضعها عقدًا مقتضاه التمليك . فصار شبهة في الحد كما لو تزوجها شهرًا . ولأنه عقد يقتضي تمليك ؛ منفعة البضع ملكاً مؤقتًا كالمتعة .

٢٨٥٦١ - فإن قيل : المعنى في هذه العقود أنها لم تعقد على الزنى .

٢٨٥٦٢ - قلنا : وكذلك الإجارة لا تعقد على الزنى . فذكر الزنى فيها لا يوجب أن يكون زنى . كما لو تزوج امرأة على أن يزني بها لم يجب عليه الحد . وإن شرط في العقد الزنى .

٢٨٥٦٣ - احتجوا : بأنه وطء مجمع على تحريمه لا يصادف ملكاً ولا شبهة ملك . والواطئ [عالم فيجب] [٨] عليه الحد فصار كالزنى .

٢٨٥٦٤ - قلنا : لا نسلم أنه مجمع على تحريمه . لأن من أصحابنا من قال : إن

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ . وما أثبتناه تمشيًا مع أسلوب المؤلف .

(٢) ساقط من (ص) .

(٣) انظر : رد المحتار على الدر المختار (٢٩/٤) ، والبحر الرائق (٢٠/٥) ، وفتاوى السعدي (٢/ ٦٣٢) والفتاوى الهندية (١٤٩/٢) ، ودرر الحكام (٦٥/٢) .

(٤) انظر : روضة الطالبين (٩٤/١٠) ، والمهذب (٢٦٨/٢) والتنبيه ص ٢٤٢ ، وأسنى المطالب (١٢٧/٤) . وهو مذهب المالكية والحنابلة والظاهرية . انظر : التاج والإكليل (٣٩٨/٨) ، وشرح مختصر خليل للخرشي (٧٦/٨) ، والمغني (٧٤/٩) ، وكشاف القناع (٩٨/٦) ، المحلى (١٩٦/١٢) .

(٥) في (ص) : [عنهما] .

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٣٦/٨) برقم ١٦٨٢٧ ،

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) في (م) : [عالم ممن يجب] .

النكاح [منعقد بلفظ الإجارة فمن قال بهذا] [١] النكاح مباح إذا أطلقه في وقته فسد [بالتوقيت وقد تكلمنا على هذه العلة .

٢٨٥٦٥ - قالوا] [٢] : عقد الإجارة لا يبيح الوطء بحال [فلا يكون شبهة ، ولأن الإجارة الصحيحة] [٣] إذا وقعت على الحرمة لم تسقط الحد والفاسدة أولى .

٢٨٥٦٦ - قلنا : الإحلال لا يبيح الوطء فلا تكون شبهة . والإجارة [٤] الفاسدة انعقدت على البضع فهي كالمتعة .

٢٨٥٦٧ - وقولهم : إن الإجارة لا تبيح الوطء لا نسلمه . لأنه حكى عن أبي الحسن [٥] أنه قال : ينعقد النكاح بلفظ الإجارة .

٢٨٥٦٨ - قالوا : الزنى لا يكون إلا بعوض فلا يتعلق به حد [٦] أبدًا .

٢٨٥٦٩ - قلنا : الزنى يكون [بعوض] [٧] لكنه لا يذكر لفظ الإجارة في العادة . ولا يذكر الإيجاب والقبول في الوطء بعوض . فلا يؤدي ما يقوله إلى إسقاط حد الزنى .

* * *

(١ - ٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) . (٤) في (م) : [فالإجارة] .

(٥) هو : أبو الحسن عبيد الله بن الحسين البغدادي الكرخي الفقيه ؛ شيخ الحنفية ، ولد سنة ٢٦٠ هـ . سمع : إسماعيل بن إسحاق ، والحضرمي . وحدث عنه : أبو حفص ، وأبو بكر الرازي ، والتنوخي . مات سنة ٣٤٠ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٢٦/١٥ - ٤٢٧) ، وتاريخ بغداد (٣٥٣/١٠) .

(٦) في (م) [حدًا] . (٧) في (م) : [العوض] .


مسألة ١٤١٧

[حكم اللواط]

٢٨٥٧٠ - قال أبو حنيفة : اللواط لا يجب فيه الحد [١] .

٢٨٥٧١ - وللشافعي فيه قولان : أحدهما : يقتل بكرًا كان أو ثيبا [٢] .

٢٨٥٧٢ - والقول الآخر : أنه كالزنى يجلد إن كان بكرًا ، ويرجم إن كان ثيبًا [٣]
والكلام في هذه المسألة في فصول أولها : في تفسير المسألة . وثانيها : في [٤] أن هذا الوطء لا يسمى زنى . والثالث : في أن البكر لا يقتل .

٢٨٥٧٣ - فأما الدليل في تفسير المسألة : فقوله [٥] تعالى : ﴿ وَٱلَّذَانِ يَأْتِيَـٰنِهَا مِنكُمْ فَـَٔاذُوهُمَا ﴾ [٦] . فأوجب [٧] على الرجلين الفاعلين الفاحشة الأذى وهذا ينفي وجوب الحد .

٢٨٥٧٤ - فإن قيل : الآية منسوخة بحديث عبادة

٢٨٥٧٥ - قلنا : النسخ رواه الحسن عن حطان [٨] بن عبد الله الرقاشي [٩] عن عبادة ونسخ القرآن لا يثبت بخبر الواحد .

٢٨٥٧٦ - ولأن الله تعالى قال : ﴿ وَٱلَّـٰتِى يَأْتِينَ ٱلْفَـٰحِشَةَ ﴾ [١٠] ثم قال ﴿أَوْ

---

(١) انظر : المبسوط (٧٧/٩) ، ومجمع الأنهر (٥٩٥/١) ، وبدائع الصنائع (٢٩/٧) ، ومعين الحكام ص ٣٩٨ ، والبناية (٤٠٧/٥) . وهو مذهب الظاهرية . انظر : المحلى (٣٩١/١٢) .

(٢) انظر : المهذب (٢٦٨/٢) . وهو مذهب المالكية . أنظر : المنتقى (١٤٢/٧) ، وتبصرة الحكام (٢٥٤/٢) ، وحاشية العدوي (٣٢٦/٢) . وهي الرواية الثانية عند الحنابلة واختارها بعضهم . وصححها ابن رجب في الفروع (٧٠/٦ - ٧١) .

(٣) انظر : روضة الطالبين (٩٠/١٠ ، ٩١) ، والمحلى على المنهاج (١٨٠/٤) ، وحاشية الجمل (١٣٠/٥) .وحاشية البجيرمي على الخطيب (١٧٦/٤) ، والمهذب (٢٦٨/٢) .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) في ٠ م) : [وقوله] .

(٦) سورة النساء : الآية ١٦ .

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) في (ص) ، (م) : [نظار] . وما أثبتناه من صحيح مسلم (١٣١٦/٣) .

(٩) هو حطان بن عبد الله الرقاشي البصري . سمع : أبا موسى ، وعليًا ، وعبادة بن الصامت . وسمع منه : الحسن ابن أبي الحسن البصري ، ويونس بن جبير . انظر التاريخ الكبير (١١٨/٣) ، والجرح والتعديل (٣٠٣/٣) ، ورجال مسلم (١٨٠/١) .

(١٠) سورة النساء : الآية ١٥ .

يَجْعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ﴾ [١] ولم يذكر ذلك في قوله تعالى ﴿ وَٱلَّذَانِ يَأْتِيَـٰنِهَا مِنكُمْ ﴾ [٢] فلم ينصرف إليه قوله ﷺ : « خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا » .

ويدل عليه قوله ﷺ : « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان . وزنى بعد إحصان . وقتل نفس بغير نفس » [٣] . وهذا ينفي القتل بوجه رابع .

٢٨٥٧٧ - فإن قيل : هذا زنى .

٢٨٥٧٨ - قلنا : قد اختلف في كونه زنى . فلم يجز أن نوجب الحد بالشك . ولا يدخل في الظاهر بالتجويز لأنه وطء لا يستباح بعقد فلم يجب به حد كوطء الزوجة في الموضع المكروه [٤] .

٢٨٥٧٩ - فإن قيل : المعنى في الأصل أنه مختلف في إباحته . وهذا وطء متفق على تحريمه .

٢٨٥٨٠ - قلنا : الاختلاف في الإباحة لا يسقط الحد عندهم . بدلالة شرب النبيذ . وعلة الفرع تبطل بوطء الحائض والجارية المشتركة وجارية الابن . ولأنه وطء لا يؤدي إلى اختلاط النسب كما لو وطئ فيما دون الفرج .

٢٨٥٨١ - [فإن قيل : الوطء فيما دون الفرج] [٥] لا يتعلق به حد في الأجنبية ، وإن وجب الحد بوطئها في الفرج كذلك في مسألتنا لا يساغ الحد في الوطء فيما دون الفرج . لا يدل على سقوطه في السبيل .

٢٨٥٨٢ - قلنا : هذا هو الصحيح لعلتنا . لأن وطء الأجنبية في الفرج يؤدي إلى اختلاط النسب فجاز أن يجب به الحد . ووطئها فيما دون الفرج لا يؤدي إلى هذا فلم يتعلق به حد . ووطء الرجل في السبيل وفيما دونه لا يؤدي إلى اختلاط النسب فاستويا في سقوط الحد ولأنه وطء لا يتعلق به وجوب مال بحال كما لو وطء فيما دون الفرج . ولأن حد الزنا يختص بالوطء . والأحكام المختصة بالوطء لا تتعلق بهذا الوطء أصله الإحصان ، والإباحة للزوج الأول ، ولأن [٦] عقد النكاح لا يبيح هذا الوطء من الزوجة ، ومالا يملك بالنكاح فاستيفاؤه من الزوجة كاستيفائه من الأجنبية [بدلالة قطع

---

(١) سورة النساء : الآية ١٥ .

(٢) سورة النساء : الآية ١٦ .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (١٧٠/٤) برقم ٤٥٠٢ .

(٤) في (م) : [المذكور] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٦) في (م) : [وأن] .

يدها فلما لم يجب الحد إذا استوى هذا [1] الوطء من الزوجة كذلك الأجنبية] [2] .

٢٨٥٨٣ - فإن قيل : يبطل بوطء الحائض . فإن النكاح ما أباحه ، واستيفاؤه من الزوجة لا يوجب الحد .

٢٨٥٨٤ - قلنا : النكاح يملك به وطء الزوجة الحلال والحرام . إذا وطئها في حال الحيض حلت للزوج الأول واستقر المهر عند مخالفنا .

٢٨٥٨٥ - وأما الدليل على أنه لا يسمى زنى : فلأن أهل اللغة أفردوه باسم ، وسموا الوطء في الفرج زنى . والطريق في تمييز الأسماء هذا الطريق . فإنه يطول عليهم أن يقولوا : هذا لا يسمى كذا ولا كذا . فكل مفرد باسم لا يتناوله باسم غيره إلا أن يدل على ذلك دليل . لأنه [3] وجد في زوجته لم يسم زنى مع تحريمه وقبحه . ولأنه لم يحلل بالنكاح . فلو سمي زنى في غير الزوجة [كان زنى فيها لوجود] [4] التحريم وعدم الملك فيه .

٢٨٥٨٦ - فإن قيل : إن الله تعالى سماه فاحشة ، والفاحشة الزنى .

٢٨٥٨٧ - قلنا : الفاحشة اسم لكل كبيرة . فكل زنى فاحشة ، وليس كل فاحشة زنى . قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُواْ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ ﴾ [5] وقال : ﴿ قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ ﴾ [6] .

٢٨٥٨٨ - وإذا ثبت أنه ليس بزنى ، والله تعالى أوجب الحد في الزنى فلم يجز أن يلحق به إيجاب ذلك الحد [في غير نوعه] [7] ولأنه وطء ليس بزنى كالوطء فيما دون الفرج .

٢٨٥٨٩ - والدليل على أن البكر لا يقتل : أنه إذا وطئ في الفرج لم يجب عليه القتل . فإذا وطئ في السبيل الآخر لم يجب عليه القتل كالمكره . ولأن الزنى متفق على وجوب الحد فيه [وهذا مختلف في حكمه] [8] فإذا لم يسووا الزنى البكر والثيب فهذا أولى .

٢٨٥٩٠ - ولأنه واطئ لم يتقدم وطؤه بنكاح فلا يجب عليه القتل كالزاني .

٢٨٥٩١ - فإن قيل : الوطء في الفرج يستباح بحال يخف حكمه ، وهذا لا يستباح بحال فيغلظ حكمه .

---

(١) في (ص) : [معه] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٣) في (م) : [أنه] .

(٤) في (م) : [كان أيضًا فيها كوجود] .

(٥) سورة الأنعام : الآية ١٥١ .

(٦) سورة الأعراف : الآية ٣٣ .

(٧ ، ٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

٢٨٥٩٢ - قلنا : وطء المرأة فيما دون الفرج محال ، ووطء الرجل فيما دون الفرج لا يستباح . وقد تساويا في وجوب التعزير فيهما . ووطء الأم لا يستباح بحال . وقد ساوى وطء الأجنبية في وجوب الحد فيهما على وجه واحد .

٢٨٥٩٣ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ ﴾ (١) يعني الزنى . ثم قال : ﴿ أَتَأۡتُونَ ٱلۡفَٰحِشَةَ ﴾ (٢) . فسمى هذا فاحشة فدخل في الآية . وقد قال ﷺ : « قد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » .

٢٨٥٩٤ - قلنا : أما الآية فقد بينا أنها حجة لنا ، وأن نسخها بخبر الواحد لا يجوز ، وبينا أن الفاحشة اسم لكل كبيرة . فإذا سمى الله تعالى هذا [الفعل] (٣) فاحشة لم يجب أن يكون زنى .

٢٨٥٩٥ - قالوا : روى أبو موسى الأشعري أنه ﷺ قال : « إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان » (٤) .

٢٨٥٩٦ - قلنا : هذا خبر لا يعرف ولا وجدناه في كتاب يرجع إلى مثله ، ولا عرف إسناده فنتكلم (٥) عليه

٢٨٥٩٧ - ولو ثبت لم يدل لأنه ﷺ لم (٦) يعلمنا الأسماء اللغوية وإنما يعلمنا الأسماء الشرعية والأحكام . ولم يقل أحد : إن هذا اسم منقول فلم يبق إلا أن يكون معناه فحكمهما حكم الزانيين . واحتمل وجوب الحد واحتمل في باب الإثم ، وليس أحد الأمرين أولى من الآخر ، ولا يجوز حمله عليهما لأن العموم يعتبر في الألفاظ دون المعاني . يبين ذلك أنهم رووا (٧) في هذا الخبر : « إذا أتت المرأة المرأة (٨) فهما زانيتان » (٩) وقد أجمعنا على أنه لم يرد بذلك أن حكمهما حكم الزانيين في باب الحد .

٢٨٥٩٨ - قالوا : فرج يجب بالإيلاج فيه الغسل من غير إنزال فصار كفرج المرأة .

٢٨٥٩٩ - قلنا : يجب الغسل للاحتياط (١٠) ، والحد يسقط بالاحتياط فلم يجز أن

---

(١) سورة النساء : الآية ١٥ .
(٢) سورة الأعراف : الآية ٨٠ .
(٣) في (ص) ، (م) : [القول] .
(٤) أخرجه البيهقي في سننه (٢٣٣/٨) برقم ١٦٨١٠ .
(٥) في (م) : [منكم] .
(٦) ساقطة من (ص) .
(٧) في (م) : [بروا] .
(٨) ساقطة من (ص) .
(٩) في (ص) ، (م) : [زانيان] . والمثبت من السنن الكبرى للبيهقي (٢٣٣/٨) .
(١٠) في (م) : [بالاحتياط] .

يستدل بوجوب الغسل على وجوب الحد . والمعنى في الفرج أن المال يجب بالوطء فيه . فإذا لم يجب جاز أن يجب الحد . وهذا السبيل لا يجب المال بالوطء فيه . فلم يجز إيجاب الحد .

٢٨٦٠٠ - فإن قيل : المال والحد عندكم يتنافيان ولا يجتمعان . فكيف نستدل بأحدهما على الآخر .

٢٨٦٠١ - قلنا : يتنافيان إلا أنهما يتعاقبان ويخلف أحدهما الآخر [ولا يجوز][1] أن يثبت فيه أحدهما ، ولا يجوز أن يثبت للآخر .

٢٨٦٠٢ - احتجوا في وجوب القتل بكل حال : بما روى عبد الله بن عباس عن النبي ﷺ . أنه قال : « لعن الله من عمل عمل قوم لوط . فاقتلوا الفاعل والمفعول به »[2] . قالوا : روى أبو هريرة أنه ﷺ قال : « ارجموا الأعلى والأسفل »[3] .

٢٨٦٠٣ - قلنا : حديث ابن عباس هو المعروف في هذا الباب ، وهو خبر واحد مداره على[4] عمرو[5] عن عكرمة . وحديث أبي هريرة رواه عاصم[6] عن عمرو عن سهيل بن أبي صالح[7] . قال الطحاوي : وكل واحد منهما لا تقوم بروايته حجة عند أهل الحديث وهذا الحكم لا يثبت بخبر الواحد القوي فكيف بالضعيف ، فيمن ضعفه أن أصحاب النبي ﷺ لما تكلموا في هذا اختلفوا في عقوبته ، وقال كل واحد منهم غير

---

(١) في (م) : [قالا يجوز] .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٥٨/٤) برقم ٤٤٦٢ .

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه (٨٥٦/٢) برقم ٢٥٦٢ .

(٤) في (م) : [عن] .

(٥) عمرو بن أبي عمرو ، مولى المطلب بن عبد الله بن حنطب القرشي . روى عن : أنس ، وسمع منه الكثير ، وعكرمة . سئل أبو زرعة عنه فقال : ثقة . انظر : الجرح والتعديل (٢٥٢/٦) ، والثقات (١٨٥/٥) .

(٦) هو : عاصم بن عمر العمري . من أهل المدينة . روى عن : عبد الله بن دينار ، وزيد بن أسلم ، وسهيل ابن أبي صالح ، وروى عنه : أبو داود الطيالسي ، وعبد الله بن عمر أخوه ، وعبد الله بن نافع الصائغ . قال ابن حبان : منكر الحديث جدًا . يروي عن الثقات مالا يشبه حديث الأثبات ، لا يجوز الاحتجاج به إلا فيما وافق الثقات . انظر : الجرح والتعديل (٣٤٦/٦) ، والمجروحين (١٧٢/٢) .

(٧) هو : سهيل بن أبي صالح السمان مولى جويرية . من صغار التابعين . سمع : سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وعبد الله بن دينار . وروى عنه : مالك ، والثوري ، وشعبة . كان من كبار الحفاظ لكنه . مرض مرضًا غيّر حفظه . انظر : التاريخ الكبير (١٠٤/٤) . والجرح والتعديل (٢٤٦/٤) ، وسير أعلام النبلاء (٤٥٨/٥ - ٤٦٢) .

ما قال الآخر ، وهي قصة مشهورة ، فلم يرو واحد منهم شيئاً في ذلك عن [١] النبي ﷺ ولو كان صحيحًا لروى عند الحاجة إليه . ولو ثبت لم يدل . لأن الذي يعمل عمل [٢] قوم لوط هو المستحل لهذا الفعل ، ومن فعل ذلك مستحلا ارتد ، ووجب قتله بالردة تارة رجما ، وتارة غير رجم . كما يجوز أن يمثل بالمرتد . وعلى هذا الخبر لا يعارض به قوله ﷺ : « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث » لأنه خبر مشهور متفق على استعماله والرجوع إليه . وهذا الخبر يقتضي إثبات القتل بمعنى تابع لأن على هذه الطريقة لا يجعلونه زنى ، وإنما يوجبون فيه حد الزنى ، وكذا بين البكر والثيب . والخبر الظاهر المتفق عليه لا يجوز معارضته إلا بمثله .

٢٨٦٠٤ - قالوا : روي عن أبي بكر [٣] وعلي [٤] وابن عباس [٥] وابن الزبير . وخالد بن الوليد أن اللوطي يقتل . واختلفوا في كيفية القتل .قال علي : يحرق أو يرجم وقال ابن عباس : يرجم . وقال علي : يرمى من شاهق .

٢٨٦٠٥ - قلنا : هذا الاختلاف يدل على أنهم لم يعرفوا من النبي ﷺ شيئًا . على ما روي في خبر [٦] يحتمل أن يكون من فعل ذلك مستحلا فلهذا مثلوا به . والمثلة إنما [تكون في المرتدين] [٧] .

٢٨٦٠٦ - قالوا : هذا الفعل أغلظ من الزنى . لأنه لم يبح ذلك [فلذلك يغلظ] [٨] حكمه بقتل فاعله بكل حال .

٢٨٦٠٧ - قلنا : الزنى لم يبح بحال ، وإنما أبيح مثله إذا وقع في نكاح أو ملك يمين . فقد تساوى الزنا واللواط . ولأن هذا الفعل [لم يبح من الزوجة] [٩] بحال ، ولا يجب به الحد . ولأن وطء ذات المحارم لم يبح في الجملة . وهذا الوطء لا تدخله إباحة بحال .

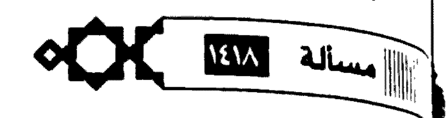
---

(١) في (م) : [غير] . (٢) ساقط من (ص) .
(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٣٢/٨) برقم (١٦٨٠٥) .
(٤) أخرجه البيهقي في (٢٣٢/٨) برقم ١٦٨٠٣ ، ١٦٨٠٣ ، ١٦٨٠٤ .
(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٢٣/٨ برقم ١٦٨٠٠ ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٤٩٧/٥) برقم ٢٨٣٣٨ . (٦) في (م) [غير] .
(٧) ما بين المعكوفتين في (م) : [يكون في المرتدين غيره] .
(٨) في (م) : [فكذلك تغلظ] . (٩) في (م) : [من الزوجة لم يبح] .

٢٨٦٠٨ - قلنا : [العبرة هي] [١] الحظر في حق الفاعل أو الإباحة فأما في حق غيره فلا معنى [٢] لاعتباره .

* * *

(١) في (ص) ، (م) : [العبر هو] وما أثبتناه هو الصواب .
(٢) ساقط من (م) .



[إتيان البهائم]

٢٨٦٠٩ - قال أصحابنا : إذا وطء بهيمة عزر [ولم يحد] (١) .

٢٨٦١٠ - [وقال الشافعي] (٢) : في أحد قوليه : يحد وقال في القول الآخر : يقتل بكل حال (٣) . ومن أصحابه من قال : [فيها] (٤) قول ثالث . أنه يعذر ولا يحد (٥) .

٢٨٦١١ - لنا : أنه فعل لا يسمى زنا . فلا يجب به حد الزنى كالوطء فيما دون الفرج نقصد ما لا يقصد وطء البهائم . فلهذا لم يجب الحد بذلك فهذا أولى . ولأنه وطء لا يجب به مال بحال كالوطء فيما دون الفرج .

٢٨٦١٢ - احتجوا : بحديث ابن عباس أنه ﷺ قال : « ومن أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه » (٦) .

٢٨٦١٣ - قلنا : رواه عمرو بن أبي عمرو عن عكرمة ، وليس يثبت عند أصحاب الحديث . قال أبو داود : [رواه عاصم عن أبي رزين . عن ابن عباس قال : ليس على الذي يأتي البهيمة حد] (٧) . حديث عاصم يضعف عمرو بن أبي عمرو عن ابن عباس (٨) . لأن ابن عباس لا يجوز أن يسمع من النبي شيئًا فيخالفه . ويجوز أن يكون ﷺ قال ذلك في المستحل . وأجاب ابن عباس في غير المستحل .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) . تبيين الحقائق (١٨١/٣) ، والعناية (٢٦٥/٥) ، والجوهرة النيرة (١٥٥/٢) . وهو مذهب المالكية والظاهرية . انظر : حاشية الدسوقي (٣١٦/٤) ، والقوانين الفقهية (٢٣٢/١) ، والمحلى (٣٩٨/١٢) . وهو أحد الروايتين عند الحنابلة وهي المذهب وعليها جماهير الأصحاب . وفي رواية : حكمه حكم اللائط سواء . انظر : الإنصاف (١٧٨/١٠) ، والفروع (٧٢/٦ - ٧٣) .

(٢) في (ص) : [وقال في الشافعي] .

(٣) انظر : المهذب (٢٦٩/٢) ، والحاوي (٦٣/١٧) .

(٤) في (م) : [فيهما] .

(٥) وهو الأظهر من هذه الأقوال . انظر : المحلي على المنهاج (١٨١/٤) ، وتحفة المحتاج (١٠٦/٦) . ونهاية المحتاج (٤٢٦/٧) ، وروضة الطالبين (٩٢/١٠) .

(٦) أخرجه أبو داود في سننه (١٥٩/٤) برقم ٤٤٦٤ .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (م) وما أثبتناه من سنن أبي داود (١٥٩/٤) .

(٨) أخرجه أبو داود في سننه (١٥٩/٤) برقم ٤٤٦٥ .

٢٨٦١٤ - قالوا [1] : فرج حيوان جاز أن يجب [بالإيلاج فيه] [2] الحد [3] أصله : فرج المرأة .

٢٨٦١٥ - قلنا : المعنى فيه أنه يجوز أن يجب به المهر ، ويثبت به الإحصان ، وفي مسألتنا بخلافه .

* * *

(١) ساقط من (م) .
(٢) في (م) : [الإيلاج] .
(٣) ساقط من (م) .

مسألة ١٤١٩

[اختلاف مجالس الشهادة في الزنى]

٢٨٦١٦ - قال أصحابنا : إذا شهدوا بالزنى في مجالس مختلفة لم تقبل شهادتهم إلا أن يجتمعوا في مجلس واحد [1] .

٢٨٦١٧ - وقال الشافعي : تقبل شهادتهم [2] .

٢٨٦١٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ ﴾ [3] . الآية . ومن قذف وجاء بأقل من أربعة فلم يأت بالشهداء فيجب عليه الحد بظاهر الآية .

٢٨٦١٩ - فإن قيل : الآية تقتضي أنه إذا جاء بأربعة متفرقين لم يحد .

٢٨٦٢٠ - قلنا : هذا دليل الخطاب ونحن [لا نقول بموجبه] [4] فلا يلزمنا . ولأن الزنى اختص من بين نوعه بشهادة فوجب أن يكون اجتماع الشهود في مجلس واحد معتبرًا كالنكاح ولأن النكاح والسفاح كل واحد منهما متعلق بالبضع وباستيفاء منافعه [5] وإذا [كان شرط] [6] الشهادة في أحدهما الاجتماع كذلك الآخر ولأن ما اعتبر فيه عدد يزيد على ثلاثة في الشرع اعتبر اجتماعهم كالعدد في الجمعة . ولأن اجتماع الشهود في مجلس واحد لو لم يعتبر لم يشرط زيادة العدد كسائر المتفرق . ولأن ما اعتبر فيه اجتماع الأقوال ضربان : عقود وشهادة . فإذا اختلف في العقود الاجتماع والافتراق ؛ جاز أن يفترق في الآخر .

٢٨٦٢١ - احتجوا : [بأن كل] [7] ثلاثة يجوز قبولها [إذا اجتمعت في مجلس واحد يجوز قبولها] [8] إذا افترقت في مجالس كسائر الشهادات .

---

(١) انظر : رد المحتار على الدر المختار (٨/٤) ، ودرر الحكام (٦٢/٢) والفتاوى الهندية (١٥٢/٢) ، وبدائع الصنائع (٤٨/٧) . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : المنتقى (١٤٤/٧) ، وتبصرة الحكام (٣٢٠/١) ، وبلغة السالك (٢٦٥/٤) ، وكشاف القناع (١٠٠/٦) ، والفروع (٧٨/٦) .

(٢) انظر : الأم (٣٦٨/٨) ، والأحكام السلطانية ٢٨٠ ، وروضة الطالبين (٩٨/١٠) . وهو رواية عند الحنابلة . انظر : الإنصاف (١٩١/١٠) .

(٣) سورة النور : الآية ٤ .

(٤) ما بين المعكوفتين في (م) : [لا نقول به] .

(٥) في (ص) : [منفعة] .

(٦) ما بين المعكوفتين بياض في (ص) ، (م) . وما وضعناه ليستقيم المعنى ؛ حيث يشترط عندهم اتحاد مجلس الشهود في عقد النكاح . انظر : مجمع الأنهر (٣٢١) .

(٧) في (م) : [بكل] .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

٢٨٦٢٢ - قلنا : سائر الشهادات لا يلزم الشاهد حق بشهادته فاستوى في شهادته الاجتماع والافتراق . وفي مسألتنا يجب على الشاهد حكم الشهادة إذا نقص العدد ، فإذا لزمه ذلك الحكم خرج من أن يكون شاهدًا [1] فلم يعتد بشهادته مع الباقين . ولأن سائر الحقوق لم تختص بزيادة [2] العدد فلم يتعين فيها الاجتماع .

٢٨٦٢٣ - قالوا : كل حق ثبت بشهادة الشهود إذا اجتمعوا في مجلس يثبت بشهادتهم وإن تفرقوا كالقصاص وسائر الحقوق .

٢٨٦٢٤ - قلنا : القصاص وسائر الحقوق لا تلزم الشهود بشهادتهم حق ، وفي مسألتنا بخلافه ، أو نقول إن الشهادة في سائر الحقوق لم تتأكد [3] بالعدد فلم تتأكد بالاجتماع .

٢٨٦٢٥ - قالوا : تفرق الشهود آكد . لأنه لا يتلقن بعضهم من بعض ، ولهذا إذا اتهمهم الحاكم فرقهم [4] . فإذا قبلت الشهادة مع الاجتماع فلأن تقبل حال الافتراق أولى .

٢٨٦٢٦ - قلنا : لو كان التفرق أولى لشرط في الشهادة . لأن الزنى يؤكد بما لا يؤكد به غيره من الحقوق احتياطا في ثبوته .

٢٨٦٢٧ - ولأنه يجوز أن يسمع الشهادة مع اجتماع الشهود في مجلس واحد ، [ولا يسمع كل واحد منهم قول الآخر فلا يتلقن .

٢٨٦٢٨ - ولأن اجتماع الشهود في مجلس واحد] [5] أجود للشهود . لأنهم إذا تفرقوا جاز [أن يتأخر الباقون] [6] عن الشهادة فيجب على الأولين الحد [7] .

٢٨٦٢٩ - قالوا : عندكم أن الإقرار بالزنى يتعين فيه العدد ، وتقولون إنه [8] يجب أن يكون في مجالس مختلفة ، ويعتبر في الشهادة العدد ، ويجب أن تكون الشهادة في مجلس واحد .

٢٨٦٣٠ - قلنا : لأن التكرار اعتبر في الإقرار لجواز أن يرجع وينكر فينصرف عن الإمام ، فاعتبر تفرق الإقرار .

---

(١) في (م) : [شاهدنا] .
(٢) في (م) : [زيادة] .
(٣) في (م) : [يتأكد] .
(٤) في (م) : [يفرقهم] .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٦) ما بين المعكوفتين في (م) : [أن يتأخروا الباقين] .
(٧) في (م) [حد] .
(٨) ساقطة من (م) .

٢٨٦٣١ - لأنه أقرب إلى المعنى المقصود ، فأما الشهادة فإذا انفرد الشاهد وجب عليه الحد ، فيعتبر اجتماع الشهود حتى لا يمتنع الباقون . فإذا انفرد الشاهد وجب عليه الحد .

٢٨٦٣٢ - قالوا : لو حضروا وقام إلى الحاكم واحد [بعد واحد] [1] قبلت [2] شهادتهم وهذا تفريق .

٢٨٦٣٣ - قلنا : لو قاموا دفعة واحدة لم يفهم القاضى منهم فيبطل [3] . المقصود بالشهادة فلذلك لا يعتد بذلك التفريق .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٢) في (م) : [قبل] .

(٣) في (م) : [فبطل] .

مسألة ١٤٢٠

[إذا شهد الشهود بحد متقادم]

٢٨٦٣٤ - قال أصحابنا : إذا شهد الشهود بالزنى أو بشرب الخمر أو بالسرقة بعد حين من غير عذر في التأخير لم تقبل شهادتهم [١] .

٢٨٦٣٥ - وقال الشافعي [رحمه الله] : تقبل [٢] .

٢٨٦٣٦ - لنا [٣] : ما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال : « أما شهود شهدوا [بحد ولم يشهدوا] [٤] عند حضرته فهم شهود ضغن لا تقبل شهادتهم » [٥] فإن كان هذا اشتهر فلم يخالفه غيره فهو إجماع . وإن لم يشتهر فهو قول صحابي لم يخالف غيره فهو أولى من القياس ، أو نقول : إنه قول يخالف القياس فيحمل على أنه قاله توقيفا .

٢٨٦٣٧ - فإن قيل : رواه الحسن عن عمر ولم يلقه .

٢٨٦٣٨ - قلنا : مراسيل الحسن أولى من مسانيد غيره . وعندنا المرسل [٦] والمتصل سواء .

٢٨٦٣٩ - فإن قيل [٧] : قوله « لا تقبل شهادتهم » زيادة من الحسن .

٢٨٦٤٠ - قلنا : زيادة الثقة كقوله .

٢٨٦٤١ - فإن قيل : الحكم بالضغن . وعندكم العداوة لا تمنع الشهادة .

٢٨٦٤٢ - قلنا : مخالفنا في العلة لا يمنع أن يوافق في الحكم . كما أن الأمة اتفقت على تحريم التفاضل في الأشياء [٨] الستة مع اختلافهم في علته . على أن قوله : « وإنما هم [٩] شهود ضغن » معناه : أن الضغن حملهم على الشهادة ، وعندنا أن العدد الذي

---

(١) انظر : الفتاوى الهندية (١٥٨/٢) ، وغمز عيون البصائر (٣٨٣/١) وتحفة الفقهاء (١٤١/٣) والجامع الصغير (١٧٧/١) ، وحاشية أبي السعود (٣٦٥/٢) ، وتبيين الحقائق (١٨٨/٣) .

(٢) انظر : الأحكام السلطانية ص ٢٨١ ، وأسنى المطالب (١٣٣/٤) ، وروضة الطالبين (٩٨/١٠) . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٨٦٣/٢) ، والمغني (٧٠/٩) .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) في (م) : [الحد لم يشهد] .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٥٩/١٠) برقم ٢٠٣٨٤ .

(٦) في (م) : [المراسيل] .

(٧) ساقطة من (ص) .

(٨) في (م) : [الإسناده] .

(٩) في (ص) ، (م) : [هو] . والصواب ما أثبتناه هو المناسب للسياق .

يشهد بعداوته لا تقبل شهادته .

٢٨٦٤٣ - فإن قيل : معناه لم يشهدوا عند حضرته . أي لم يشهدوا سبب الحد ، وإنما شهدوا على شهادة غيرهم .

٢٨٦٤٤ - قلنا [١] : لا يكونون [٢] شهود ضغن فيبطل التعليل . ولأن الشاهد مخير بين الستر على المشهود عليه . وبين إقامة الشهادة . فإذا أمسك عن [الشهادة وهو] [٣] الخصم فالظاهر أنه اختار الستر الذي هو الأولى عنده . فإذا شهد فالظاهر أنه لم يترك الأولى إلا لأمر حمله على ذلك فاتهم في شهادته . وصار ذلك شبهة فيها [٤] ولا يلزم حد القذف لأن الشاهد ليس بخصم فيه [وإن لم] [٥] يشهد عند مطالبة المقذوف . فتأخيره لترك المطالبة . ولا يلزم إذا كان الشهود لا يصلون إلى الحاكم لبعدهم عنه أو لمرضه . لأنهم لم يختاروا الستر [٦] وإنما توقفوا حتى [قدروا على] [٧] أداء الشهادة .

٢٨٦٤٥ - [فإن قيل : يجوز أن يكونوا أخروا النظر في الحال . هل الأولى الستر أو الشهادة ،] [٨] وكانوا في مهلة النظر [٩] . فإن الشهادة أقطع لمادة الفساد أو يكونوا تشاغلوا بأمر من مصالحهم فلما فرغوا منه أقاموا الشهادة .

٢٨٦٤٦ - قلنا : ويحتمل ما قلنا أيضًا . والاحتمال شبهة . على أنا نرجع في الاحتمال إلى رأي الإمام ويعتبر [١٠] التأخير من غير عذر . ومدة الأمهال [١١] معلومة ولم يعتد بها . والشغل المانع إذا ظهر للإمام [١٢] لم تبطل [به الشهادة] [١٣] .

٢٨٦٤٧ - ولأن الشهود لما كانوا هم الخصوم [١٤] كانوا مخيرين في إقامة الشهادة أو الستر . فإن اختاروا إقامة الشهادة فقد طولبوا من جهة الله تعالى بأدائها . فإذا أخروا صاروا كما لو طالبهم المدعي بإقامة الشهادة من غير عذر قدح ذلك في شهادتهم [لأنها شهادة بالزنى] [١٥] تأخر أداؤها عن الوقت الذي يمكن [أداؤها فيه من غير عذر لم تقبل كشهود الزنى] [١٦] . ولأنهم لما أخروا الشهادة من غير عذر فالظاهر أنهم لم يختاروا

---

(١) ساقطة من (م) .
(٢) في (م) : [لا يكونون] .
(٣) في (م) : [الإقامة وهم] .
(٤) في (م) : [منها] .
(٥) في (م) : [واعلم] .
(٦ ، ٧) ساقطة من (م) .
(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .
(٩) في (م) : المنظر] .
(١٠) في (م) تغير .
(١١) ساقطة من (ص) ، (م)
(١٢) في (م) : [الإمام] .
(١٣) ما بين المعكوفين ساقط من (م) .
(١٤) في (م) : [الخصومة] .
(١٥ ، ١٦) ما بين المعكوفين ساقط من (ص) .

تحمل الشهادة فكل تحمل لم يكن شهادة لا يتعلق بأدائه حكم ، أصله [١] إذا شهدوا من وراء حجاب . ولأن العبادات على ضربين : أقوال وأفعال . ثم كان في الأفعال ما يسقط بالتأخير [٢] كالجمعة والأضحية جاز أن يكون من الأقوال ما يسقط بالتأخير . ولأن ما يعتبر فيه الاشتراك في الأقوال ويؤثر في الشهادة وليس هناك موضع يؤثر التأخير في الشهادة إلا الحدود .

٢٨٦٤٨ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ لَّوْلَا جَآءُو عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ ﴾ [٣] وبقوله ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ ﴾ [٤] ولم يفصل بين التقديم والتأخير .

٢٨٦٤٩ - قلنا : لا دلالة في الآية . لأن عندنا من قذف بزنى متقادم فأقام البينة قبلت في إسقاط الحد عنه . ولا يحد المقذوف . وليس تمنع الآية أكثر من قبول الشهادة لإسقاط الحد عن القاذف .

٢٨٦٥٠ - فإن احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّٰتِى يَأْتِينَ ٱلْفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ فَٱسْتَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ ﴾ [٥] .

٢٨٦٥١ - قلنا : الفاء للتعقيب ، فاقتضت الآية إقامة الشهادة عقيب إتيان الفاحشة .

٢٨٦٥٢ - قالوا : كل شهادة قبلت مع تقارب الزمان . قبلت مع تباعد الزمان أصله الشهادة بالقصاص .

٢٨٦٥٣ - قلنا : الشهادة بالقصاص الخصم فيها المدعي فلا يجوز أن يشهد قبل دعواه فلا تلحقهم تهمة بالتأخير . والزنى هم الخصوم فيه ؛ لأنه لا يقف فإذا أخروا الإقامة من غير عذر كان شبهة . وصار وزان مسألتنا من القصاص أن يطالبهم الولي بإقامة الشهادة [فتأخروا عنها] [٦] من غير عذر فلا تقبل شهادتهم .

٢٨٦٥٤ - فإن قيل : علة الأصل تبطل بالشهادة بالسرقة ؛ لأن الاختيار يقدح فيها فإن كانت لا تقبل إلا بحضور المدعي للمال .

٢٨٦٥٥ - قلنا : شهود الزنى هم الخصوم ، [وفي القطع المسروق] [٧] منه خصم في المال . ولهذا يلزمهم أن يشهدوا عليه بالسرقة وإن لم يحضر المسروق منه . فصير

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٢) في (م) : [التأخير] .
(٣) سورة النور : الآية ١٣ .
(٤) سورة النور : الآية ٤ .
(٥) سورة النساء : الآية ١٥ .
(٦) في (م) : [مؤخرا عنهما] .
(٧) في (م) : [في القطع والمسروق] .

مطالبته شرطا في قبول الشهادة .

٢٨٦٥٦ - قالوا : شهادة [1] يثبت [2] بها الحد فلا يؤثر فيها التأخير كالإقرار .

٢٨٦٥٧ - قلنا : المقر على نفسه فيما يقر به ، فتأخيره للإقرار [لم يلحق منه في حق غيره] [3] وأما الشهود فيلحقهم منه في حق غيرهم . فإذا أخروا ما لزمهم إظهاره مع الإمكان كان ذلك شبهة .

* * *

---

(١) ساقطة من (ص) ، (م) .

(٢) في (م) : [ثبت] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (م) .


مسألة ١٤٢١

[الشهود في الزنى لا يتمون أربعة]

٢٨٦٥٨ - قال أصحابنا : إذا شهد بالزنى ثلاثة ولم يشهد رابع حدوا [١] . وهو أحد قولي الشافعي [٢] .

٢٨٦٥٩ - وقال في قول آخر : لا يجب عليهم الحد [٣] .

٢٨٦٦٠ - لنا : ما روي أن [أنا بكرة] [٤] . ونافعا و [٥] شبل [٦] بن معبد [٧] شهدوا على المغيرة بالزنى . وتوقف زياد عن الشهادة فجلد عمر الثلاثة بحضرة الصحابة من غير خلاف . وهي قصة اشتهرت . لأن المغيرة كان [أميرا بالبصرة] [٨] فمنع من الصلاة بها . وحمل إلى المدينة ، وهذا لا يخفى على أحد في العصر [٩] .

(١) انظر : معين الحكام ١١٦ ، وفتح القدير (٢١٧/٥) ، والفتاوى الهندية (١٥٢/٢) ، والاختيار (١٢٥/٤) .

(٢) انظر : الأم (٤٨/٦ - ٥٤) ، وحاشيتي قليوبي وعميرة (١٨٦/٤) ، ومغني المحتاج (٤٦٢/٥) ، ونهاية المحتاج (٤٣٧/٧) ، وتحفة المحتاج (١٢١/٩) ، وهو مذهب المالكية .

(٣) انظر : الحاوي (٧٢/١٧) . وهو مذهب الحنابلة . انظر الإنصاف (١٩١/١٠) ، وكشاف القناع (١٠١/٦) . وذهب الظاهرية إلى أنه لا حد على الشاهد بالزنى أصلاً . كان معه غيره أو لم يكن انظر : المحلى (٢١٠/١٢) .

(٤) في (ص) : [بكرة] . وفي (م) : [يكن] . وما أثبتناه من الرواية التي سبق تخريجها من صحيح البخاري (٩٣٦/٢) .

(٥) ذكر السرخسي والزيلعي : أنه نافع بن الأزرق . انظر : المبسوط (٣٧/٩) ، وتبيين الحقائق (١٩٣/٣) . وذكر ابن الهمام أنه نافع بن علقمة . انظر : فتح القدير (٢٨٩/٥) . وكنا قد وجدنا في كتب التراجم أنه نافع بن الحارث بن كندة الهمداني الكوفي أخو أبي بكرة . وهو أحد الشهود على المغيرة . انظر : لسان الميزان (١٤٥/٦) الإصابة (٤٠٥/٦) .

(٦) في (ص) ، (م) : [سهل] . وما أثبتناه من المبسوط (٣٧/٩) .

(٧) هو : شبل بن معبد بن عبيد بن الحارث البجلي . يقال : له صحبة . وهو الذي شهد على المغيرة في قصته المشهورة . من ساكني البصرة . ولا يحفظ له سماع عن النبي ﷺ . انظر : الإصابة (٣٧٨/٣) ، والطبقات لابن خياط ص ١١٨ .

(٨) في (م) : [أميرة البصرة] .

(٩) قال ابن الرفعة : قيل : إن المغيرة كان قد تزوج بتلك المرأة في السر ، وكان عمر لا يبيح نكاح السر ويوجب عليه الحد ، وكان يقول للمغيرة : هذه امرأتك ؟ فينكر . فظنه من شهد عليه زانيا ؛ لأنهم يعرفون منه أنه ينكرها . وهذا أحسن طريق بحسن الظن بالصحابة ، وحينئذ لا يكون الشهود كذبوا ولا المغيرة زنى انظر طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي (٢٦٣/٣) .

٢٨٦٦١ – وذكر الطحاوي عن أبي الطفيل قال : أقبل رهط معهم امرأة حتى نزلوا فتفرقوا في حوائجهم وتخلف رجل مع المرأة [ثم رجعوا] (١) وهي بين رجليه .

٢٨٦٦٢ – فشهدوا عليه أنهم رأوه يهت (٢) فيها كما يهت المرود (٣) في المكحلة (٤) . وقال الآخر : أعمى سمعي وبصري لم أره يهت فيها . منحنية : يعني خصيتيه تضربان استها ، ورجليها مثل أذني الحمار ، وعلى مكة يومئذ نافع بن الحارث الخزاعي . فكتب إلى عمر . فكتب عمر أن يشهد الرابع بمثل (٥) ما شهد الثلاثة فشأنهما فاجلدوهما ، وإن كانا أحصنا فارجمهما ، وإن لم يشهد إلا بما كتبت به إلي فاجلد (٦) الثلاثة ، وخل سبيل الرجل والمرأة .

٢٨٦٦٣ – وروي أن ثلاثة شهدوا على رجل بالزنى ، ثم قال الرابع : رأيتهما في ثوب واحد . فإن كان هذا زنى فهو ذاك . فحد علي بن أبي طالب الثلاثة وعزر الرجل والمرأة (٧) .

٢٨٦٦٤ – وروى جعفر بن محمد (٨) عن أبيه عن علي بن أبي طالب أنه قال : « ما أحب أن أكون أول الأربعة » (٩) .

٢٨٦٦٥ – فإن قيل : أبو بكرة مخالف لأن الواحد إذا خالف الجماعة فلم يشرعوا له الخلاف سقط خلافه . وإقامتهم عليه الحد يمنع الاعتداد بخلافه . على أنه لا دليل في ترك التوبة على اعتقاده أنه لا حد عليه . وذلك لأنه إذا صار (١٠) صادقا في شهادته فليس بفاسق لا يلزمه الحد . وإن قصدنا نحن بحده و (١١) بقسمه . ولأن الشهادة دون

---

(١) في (م) : [عن أبي الطفيل قال : أقبل ثم رجعوا] .

(٢) هت الشيء يهته هتًا : وطئه وطئًا شديدًا فكسره .

(٣) المرود : الميل الذي يُكتحل به . انظر : لسان العرب مادة (رود) .

(٤) المكحلة : الوعاء الذي يوضع فيه الكحل . انظر : لسان العرب مادة (كحل) .

(٥) في (م) : [مثل] .

(٦) في (م) : [فاجلدوا] .

(٧) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٧/٤٠١) برقم ١٣٦٣٧ .

(٨) هو : أبو عبد الله جعفر بن محمد بن علي بن الحسين . ولد سنة ٨٠ . سمع : أباه ، والقاسم ، وعطاء . وروي عنه : الثوري ، وشعبة ، ومالك ، وأبو ضمرة . مات سنة ١٤٨ هـ . انظر : الكنى والأسماء (١/ ٤٨٠) والتاريخ الكبير (٢/١٩٨) ، والثقات (٦/١٣١) .

(٩) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠/١٤٤) .

(١٠) في (م) كان .

(١١) ساقطة من (م) .

العدد [١] بشرط مقصود فصار كما لو تركوا لفظ الشهادة .

٢٨٦٦٦ - ولأن عددهم نقص عن أربعة [٢] بدلالة أنه لا يستحق بقولهم حقًا . فإذا وجب على المشهود له وهو القاذف الحد مع وجود شهادتهم كذلك [٣] يجب عليهم . ولأن حد القذف وضع صيانة للأعراض فلو كان الشهود إذا نقص عددهم لم يحدوا لكان كل من أراد القذف يأتي به بلفظ الشهادة عند الحاكم فيلحق بغيره وهذا لا يصح .

٢٨٦٦٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ﴾ [٤] . والثلاثة يتخلصون بشهادة رابع فلا يجب عليه الحد .

٢٨٦٦٨ - قلنا إذا نقص العدد وقد رموا المشهود عليه فظاهر الآية يقتضي أنهم لا يتخلصون إلا بشهادة رابعة . وكذلك نقول : إنهم يحدون إلا أن يشهد بالزنا أربعة غيرهم .

٢٨٦٦٩ - قالوا : العدد شرط في قبول هذه الشهادة والحكم بها ، فإذا نقص لم نوجب حد القذف أصله إذا كانوا فساقًا .

٢٨٦٧٠ - قلنا : الفساق لم ترد شهادتهم لمعنى مقطوع به ، وإنما هو مظنون .

٢٨٦٧١ - وفي مسألتنا ردت الشهادة لفقد شرط مقطوع به . غير ذلك [٥] أن شهادة الفساق يجوز أن يبطل بها [إحصان المشهود عليه] [٦] وإذا غلب في ظن القاضي عدالتهم . وشهادة الثلاثة لا يجوز أن تبطل شهادتهم الإحصان بوجه فلذلك وجب الحد عليهم .

٢٨٦٧٢ - قالوا : نقصان العدد معنى لا يمكن للشهود الاحتراز عنه [٧] فوجب أن لا يوجب الحد أصله إذا رجع أحدهم عن الشهادة بعد إقامة الحد .

٢٨٦٧٣ - قلنا : إذا شرط الحد بالشهادة فقد تمت . فلا يجوز أن يخرج من أن تكون شهادة بقول الراجع . وفي مسألتنا لم تتم الشهادة . فإذا وقف الحكم لمعنى مقطوع صارت قذفًا .

٢٨٦٧٤ - قالوا : شهادة بما يوجب الحد على المشهود عليه فلا يوجب الحد على الشاهد كما لو شهدوا بشرب الخمر .

---

(١) غير واضحة في (ص) .
(٢) في (م) : [أربعة له] .
(٣) في (م) : [لذلك] .
(٤) سورة النور : الآية ٤ .
(٥) ساقطة من (ص) .
(٦) في (م) : [إشهاد المحصون عليه] .
(٧) في (م) : [منه] .

٢٨٦٧٥ - قلنا : رمي الإنسان بالشرب لا يوجب الحد فإذا بطلت الشهادة [صارت في حكم القذف . فوجب التعذير .

٢٨٦٧٦ - وفي مسألتنا الرمي بالزنى يوجب الحد . فإذا بطلت] [١] بمعنى محكوم به صار الشاهد في حكم القاذف فيجب الحد عليه .

٢٨٦٧٧ - قالوا : الشهادة معنى مأذون فيه على وجه لا يجوز الحكم فيه فإذا [٢] غلب [على ظن] [٣] الشاهد أن الباقين يشهدون معه ، جاز أن يشهد . وإن غلب على [٤] ظنه أن بعضهم لا يشهد لم يحل له أن يشهد . فإذا شهد وقد غلب على ظنه أن الباقين يشهدون فتوقفوا [٥] وجب عليه الحد . وإن كان غير مستحق فيما بينه وبين اللّٰه تعالى العقوبة . كما أن من قتل غيره على وجه الدفع فقد فعل ما وجب عليه ، ومع ذلك يقتص منه إذا لم يثبت أن المقتول قصده ليقتله .

٢٨٦٧٨ - قالوا : نقصان عدد الشهود لا يوجب الحد على الشاهد أصله إذا شهد اثنان أنه زنى بها بالبصرة ، واثنان أنه زنى بالكوفة .

٢٨٦٧٩ - قلنا : هاهنا [٦] لم ينتقص عدد الشهود ، وإنما اختلفوا فصار الاختلاف شبهة [٧] في سقوط الحد عن المشهود عليه ، فلم يجب أن يوجب الحد على [الشهود .

٢٨٦٨٠ - ولأن شهادة] [٨] الأربعة يجوز أن يبطل بها الإحصان من وجوب الحد على القاذف .

٢٨٦٨١ - قالوا : هذا يؤدي إلى أن لا تقام شهادة في حد الزنى .

٢٨٦٨٢ - قلنا : اللّٰه تعالى علق الحد بمعنى يتعذر وجوده وهو اجتماع أربعة يرى كل واحد منهم الذكر في الفرج ، فدل على [٩] أن مراده أن [١٠] لا تقوم هذه الشهادة فلا [يمتنع أن يجب] [١١] الحد على الشهود [١٢] ليصير ذلك طريقًا إلى التوقف عن الشهادة ، وتنفي من الوصول [١٣] إليها .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٢) في (م) : [فإن] .
(٣) في (م) : [في ظنه] .
(٤) في (م) : [في] .
(٥) في (م) : [توقفوا] .
(٦) في (م) : [فهاهنا] .
(٧) ساقطة من (م) .
(٨) في (م) : [المشهود ولا شهادة] .
(٩ ، ١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(١١) في (م) : [أن يحد] .
(١٢) في (م) : [المشهود] .
(١٣) ساقطة من (ص) ، (م) .



[رجوع أحد الشهود الزنى بعد تمام الشهادة]

٢٨٦٨٣ - قال أصحابنا : إذا شهد أربعة بالزنى ، وحكم الحاكم بشهادتهم ثم رجع قبل استيفاء الحد أو بعده حد الرابع [١] . وأما الثلاثة فإن كان الحد لم يستوف حدوا عند أبي حنيفة وأبي يوسف [٢] وإن كان استوفى لم يحدوا [٣] .

٢٨٦٨٤ - وقال الشافعي : لا حد على الثلاثة في الوجهين [٤] . وهل يحد الرابع؟ فيه قولان [٥] . وأما الرابع فلا شبهة فيه . لأنه اعترف بالقذف والكذب فيما قذف . فوجب عليه الحد باعترافه . وأما الثلاثة : فقد دللنا على أنهم لو شهدوا ابتداء وجب عليهم [٦] الحد والرجوع عن الشهادة قبل استيفاء الحد كالرجوع قبل الحكم [٧] . ألا

---

(١) بالاتفاق إن كان الحد جلدًا ولا حد على الباقين . فإن كان الحد رجمًا حد الراجع . وقال زفر : لا يحد المبسوط (٤٩/٩) ، بدائع الصنائع (٢٩٠/٦) ، فتح القدير (٢٩٣/٥) .

(٢) يحدون عندهما للقذف استحسانًا . وعند محمد وزفر - رحمهما الله - يحد الراجع وحده وهو القياس . وهو قول أبي يوسف الأول . المبسوط (٤٨/٩) الجوهرة النيرة (١٥٣/٢) وهو قول المالكية إن رجع أحدهم قبل إقامة الحد . شرح مختصر خليل للخرشي (٢٢٢/٧) ، المدونة (٥٠٧/٤) ، التاج والإكليل (٢٤٣/٨) . والأصح من الروايتين عند الحنابلة أو الأظهر كما عبر به المرداوي . والرواية الثانية عندهم بحد الثلاثة دون الراجع . المغني (٦٩/٩) ، والإنصاف (١٩٨ - ١٩٩) .

(٣) المبسوط (٤٨/٩) ، وهو المشهور من مذهب المالكية وفي المدونة أنه قول ابن القاسم . شرح مختصر خليل (٢٢٢/٧) ، المدونة (٥٠٧/٤) ، التاج والإكليل (٢٤٣/٨) . وهو عند الحنابلة مبني على القول بأن حد القذف يورث . المغني (٦٩/٩) ، الإنصاف (١٩٨/١٠ - ١٩٩) .

(٤) المنصوص عليه : أنه لا حد عليهم قولًا واحدًا . المهذب (٣٣٣/٢) .

(٥) روضة الطالبين (١٠٩/١٠) . لكن أغلب كتب المذهب ذكرت وجوب الحد على الراجع بعد تمام الشهادة دون غيره قولًا واحدًا . الأم (٣٦٩/٨) ، ومغني المحتاج (٤٦٤/٥) ، الغرر البهية (٢٧٤/٥) ، حواشي الشرواني (١٢١/٩) وهو المشهور من مذهب المالكية إن رجع بعد إقامة الحد . وذكر في المدونة أنه قول ابن القاسم شرح مختصر خليل للخرشي (٢٢٢/٧) ، المدونة (٥٠٧/٤) ، التاج والإكليل (٢٤٣/٨) . وهو عند الحنابلة مبني على القول بأن حد القذف يورث . ونقل أبو النصر عن أحمد : أنه لا يحد المغني (٦٩/٩) الإنصاف (١٩٨/١٠ - ١٩٩) .

(٦) في (م) : [عليه] .

(٧) بدائع الصنائع (٢٩٠/٦) فتح القدير (٢٩٥/٥) ، تبيين الحقائق (١٩٤/٣) وتحقيقه أن فيما يجب حقًا لله تعالى تمام القضاء بالاستيفاء . إذ الاستيفاء من تمام القضاء ، ولهذا كان إلى الإمام ، لأن القضاء إما أن يكون لإعلام من له الحق بحقه ؛ أو التمكين من الاستيفاء . وذلك لا يتصور في =

ترى أنه لا يستوفي فكأنه لم يشهد إلا ثلاثة فيحدون (١) .

٢٨٦٨٥ - احتجوا : بأن الشهادة قد تمت من جهة الشهود . فإذا رجع أحدهم اختص الحد به أصله بعد إقامة الحد (٢) .

٢٨٦٨٦ - قلنا : الرجوع بعد الاستيفاء غير مؤثر في الحكم بدلالة أن الحد وقع موقعه ، وقبل الاستيفاء الرجوع أثر في الشهادة والحكم . بدلالة أنه لا يجوز أن يستوفي بهذا الحد فكأن الحاكم لم يحكم .

* * *

= حقوق الله تعالى . فكان المعتبر في حق الله تعالى النيابة في الاستيفاء . ولا يتم ذلك بالقضاء بل بحقيقة الاستيفاء . فإذا رجع أحدهم قبل تمام القضاء بالاستيفاء ، كان بمنزلة رجوعه قبل القضاء . المبسوط (٤٩/٩) ووجه قول محمد وزفر في إيجاب الحد على الراجع فقط : - أن الشهادات تأكدت بالقضاء فلم يبق طريق إلى وقوعها قذفًا . فالرجوع بعد القضاء قبل الإمضاء إنما يؤثر . ففسخ القضاء في حقه كالرجوع بعد الاستيفاء. فتح القدير (٢٩٥/٥) .

(١) نوقش ذلك : بأن نقصان العدد في الابتداء يمكن التحرز عنه ، أما نقصانه في الانتهاء فلا يمكن التحرز عنه . الحاوي (٧٨/١٧) .

(٢) النكت لوحة (٢٧٤) ولأن من وجب الحد بشهادته لم يحد إذا أقام على شهادته ، كما لو مات بعضهم أو فسق قبل إقامة الحد . الحاوي (٧٧/١٧) . ناقش ابن قدامة هذا الدليل : بأن قولهم وجب الحد بشهادتهم . يبطل بما إذا رجعوا كلهم . وبالراجع وحده فإن الحد وجب ثم سقط . المغني (٦٩/٩) هذا وقد استدل الحنابلة للرواية الثانية - وهي إيجاب الحد على الثلاثة دون الراجع إذا كان الرجوع قبل إقامة الحد : بأنه إذا رجع قبل الحد فهو كالتائب قبل تنفيذ الحكم بقوله ؛ فيسقط الحد عنه ؛ لأن في درء الحد عنه تمكين له من الرجوع الذي يحصل به مصلحة المشهود عليه ، وفي إيجاب الحد عليه زجرًا له من الرجوع فتفوت المصلحة . فناسب ذلك نفي الحد عنه . المغني (٦٩/٩) .

مسألة ١٤٢٣

[اختلاف شهود الزنى في المكان]

٢٨٦٨٧ - قال أبو حنيفة : إذا شهد أربعة على رجل بالزنى في بيت بعينه . فقال اثنان منهم : زنا بها في هذه الزاوية . وقال اثنان في هذه الزاوية الأخرى . قبلت الشهادة ووجب الحد .

٢٨٦٨٨ - وقال الشافعي : لم يجب الحد على المشهود عليه (١) .

٢٨٦٨٩ - والمسألة موضوعة على بيت صغير . على أن يبتدأ الفعل في أحد زواياه ، ويصير بالحركة إلى الأخرى من غير أن ينزع ، أو يكون الواطئ في وسطه تارة يميل بالحركة إلى هذه الزاوية وتارة إلى الأخرى (٢) . فعلى هذا لا يتبين اختلاف الشهود وهم أمناء . فمتى أمكن حمل قولهم على الصحة لم يحمل على إفساده . وإذا لم (٣) يتبين الاختلاف وجب الحكم بالشهادة (٤) .

٢٨٦٩٠ - فإن قيل : احتمل ما ذكرتم واحتمل غيره . وجب إسقاط الحد لأنه يسقط بالشبهة .

٢٨٦٩١ - قلنا : الاختلاف يصير شبهة إذا كان أحد الفعلين غير الآخر . فإذا لم يثبت ذلك لم يجز إسقاطه (٥) . والغالب الشهادة بتحرير لا ظاهر له .

٢٨٦٩٢ - [فإن قيل] (٦) : عندكم لا يثبت الحد بالقياس فكيف أثبتموه

(١) الحاوي (٨٢/١٧) ، مغني المحتاج (٤٥٤/٥) ، نهاية المحتاج (٤٣٢/٧) وهو مذهب المالكية . المنتقى (١٤٤/٧) وشرح مختصر خليل للخرشي (١٩٨/٧) . وذهب الظاهرية إلى القول بثبوت الزنا متى تمت الشهادة أربعة ، ولا عبرة باختلافهم في المكان أو الزمان أو المزني بها . ولم يفرقوا بين البيت الكبير أو الصغير . المحلى (٤٧/١٢) .

(٢) أو لأن الواقع في وسط البيت يحسبه من في المقدم في المقدم ، ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده . تبيين الحقائق (١٩٠/٣) فهو كما لو اختلفوا في ساعتين من يوم متقاربين بحيث يمكن أن يمتد الزنا إليهما . حاشية أبي السعود (٣٦٦/٢) .

(٣) زيادة أثبتناها ليستقيم المعنى .

(٤) ولأنهم أجمعوا على فعل واحد . واختلفوا فيما لم يكلفوا نقله . والتوفيق ممكن ؛ فوجب قبول شهادتهم كما لو اختلفوا في ثيابها حين زنا بها . المبسوط (٦١/٩ - ٦٢) . ولأن اختلافهم هنا صورة لا حقيقة ، أو حقيقة والفعل واحد . فتح القدير (٢٨٧/٥) .

(٥) في (م) : [إسقاط] .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

بالاستحسان [١] .

٢٨٦٩٣ - قلنا : الحد عندنا ثابت بالقرآن . والاستحسان في قبول الشهادة [٢] ولأنهم اختلفوا في معنى لا تفتقر الشهادة إلى ذكره لا يتبين فيه أن أحد الفعلين غير الآخر . فصار كما لو قال اثنان : كان مفتوح العين . وقال الآخران [٣] كان مطبق العين . أو قال اثنان : كان على رأسه منديل . وقال الآخران : كان مكشوف الرأس [٤] ولأن كل طائفتين لو اتفقت على مكان واحد من بيت إذا ثبت إذا جاءها في زواياه . جاز أن يثبت بشهادتهم كالثمانية ولأن البينة معنى ثبت به الزنا . فإذا اختلف في زواياه ثبت . جاز أن يثبت بالإقرار . ولأنه اختلاف يجب [٥] معه الحد بالإقرار فوجب الحد معه بالشهادة أصله الاختلاف [٦] في عدد الإيلاج .

٢٨٦٩٤ - احتجوا : بأن كل فريق شهد بفعل غير الفعل الذي شهد به الآخر . فصار كما لو شهد اثنان أنه زنا بالليل [وشهد آخران أنه زنا بالنهار] [٧] .

٢٨٦٩٥ - قلنا : لا نسلم أن الشهادة وقعت بفعلين على ما بينا . فأما البينتان فإذا كانتا متقاربتين يجوز أن يقع ابتداء الفعل في إحداهما ويستديمه إلى الأخرى فهو مثل مسألتنا . وإن كان ما بينهما [مسافة فهو] [٨] كالبيت الكبير . وعلى هذا الليل والنهار . أن يبين أحد الفريقين آخر النهار والآخر أول الليل فهو كالبيت الواحد . وإن

---

(١) الاستحسان له معنيان : أحدهما : استعمال الاجتهاد وغلبة الرأي في إثبات المقادير الموكولة إلى تقديرنا . وثانيهما : هو ترك القياس إلى ما هو أولى منه . راجع الفصول في الأصول (٢٣٣/٤ - ٢٣٤) . وهو حجة عند الحنفية . كشف الأسرار (٢/٤ ، ٣) . وذهب الشافعي إلى أنه ليس بحجة وقال : من استحسن فقد شرع . المستصفى صـ١٧١ . ولكنه قال به في ثلاثة مواضع . قال بعض أصحابه في ست . أجاب عنها بعضهم : بأنه استحسن ذلك بدليل يدل عليه ؛ أي أنه حسن ؛ لأن كل ما ثبتت حجته كان حسنًا . وقيد الطبري محل الخلاف في الاستحسان المخالف للقياس فإن لم يكن فهو جائز . البحر المحيط (١٠٦/٨ - ١٠٩) .

(٢) أي لتصحيح الشهادة لا لإقامة الحد . المبسوط (٦٢/٩) . وذلك لأن أمرنا بالاحتيال لدرأ الحد . درر الحكام (٦٧/٢) .

(٣) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٤) وكما اختلفوا في الطول والقصر ، أو السمن والهزال . أو في أنها بيضاء أو سمراء أو عليها ثوب أحمر أو أسود تقبل في كل ذلك . فتح القدير (٢٨٧/٥) .

(٥) في (م) : [ثبت] .

(٦) في (م) : [بالاختلاف] .

(٧) وقاسه الشيرازي على ما لو شهد بعضهم أنه زنا بالبيت ، وبعضهم خارجه .النكت ص ٢٧٤ .

(٨) في (م) : [مساعد فيهما] .

ين وقتا من الليل لا يمتد الفعل من النهار إليه [فهو في معنى] (١) البيت الكبير [لم تقبل] (٢) كما أنهما لو ذكرا (٣) زوايا البيت ولم يبينا أنه [صغير ولا كبير] (٤) .

٢٨٦٩٦ - فإن قيل : لو سلمنا أن الفعل في زاوية وآخره (٥) في الزاوية الأخرى لم تقبل الشهادة لأنهم شهدوا على فعلين مختلفين (٦) .

٢٨٦٩٧ - قلنا : المعتبر أن يقع نظر الأربعة على الواطئ في حالة واحدة . لأن هذا متعذر في العادة . لأن (٧) ذلك لو اعتبر لوجب (٨) أن يستفسر الشهود عنه . ولم يعتبر ذلك أحد وقد شهد (٩) عندهم بالزنا . فلم نسألهم عن ذلك . ولأن هذا كله فعل واحد . بدلالة إن الواطئ [لو كان] (١٠) بشبهة لم يجب إلا مهر واحد ، ولو كان فعلين وجب على واحد منهما مهر .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (م) .
(٢) في (ص) و (م) : [وأن أيهما لم تقبل] .
(٣) في (م) : [ذكروا] .
(٤) في (م) : [كبير ولا صغير] .
(٥) في (م) : [الأخرى] .
(٦) ساقطة من (ص) ، (م) وأثبتناها من الحاوي (٨٢/١٧) .
(٧) في (م) : [ولأن] .
(٨) في (م) : [فوجب] .
(٩) في (م) : [شهدوا] .
(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

مسألة ١٤٢٤

[من أقر انه زنى بامرأة معينة فكذبته ايسقط الحد عنه ؟]

٢٨٦٩٨ - قال أبو حنيفة : إذا أقر الرجل أنه زنى بامرأة بعينها فكذبته لم يحد [١] .

٢٨٦٩٩ - وقال الشافعي : يثبت عليه الحد [٢] .

٢٨٧٠٠ - لنا : أنه لا يخلو إما أن نجعله زانيًا بها أو بغيرها أو بامرأة مبهمة ، ولا يجوز أن نجعله زانيًا بها . لأنا صدقناها في نفي الزنى ، وجعلنا القول قولها . ولا يجوز أن نثبت زناه [٣] بغيرها ولا بامرأة غير معينة . لأنه [٤] لم يعترف بذلك . فلم يبق إلا أن يسقطه حكم اعترافه فلا يجب عليه حد الزنى . ولأنه إذا أقر بذلك فجحدت وجب عليه حد القذف لها . وحد القذف لا يجب إلا بعد الحكم بكذبه . وحد الزنى يجب عليه الحكم بصدقه في اعترافه . ولا يجوز أن يحكم بصدقه وكذبه . في حال واحدة . فتعذر إقامته ، ووجب الحكم بكذبه ، وإقامة حد القذف . ولأن الزنى محكوم به من وجه دون وجه . لأنا جعلنا القول قولها . والحكم بالزنى في بعض الوجوه شبهة في سقوط الحد ؛ ولأنها موطوءة في زعمه . لا يجب الحد على قاذفها . فلم يجب بذلك الوطء حد على الواطئ كمن وطئ أمته .

٢٨٧٠١ - احتجوا : بقوله ﷺ : « من أتى شيئًا من هذه القاذورات فليستتر بستر الله عليه فإن أبرز لنا صفحته أقمنا عليه [٥] حد الله تعالى » [٦] .

٢٨٧٠٢ - قلنا : ذكر حدًّا منكرًا ، وعندنا يقام على هذا المقر حد القذف إذا طالبت المرأة .

٢٨٧٠٣ - قالوا : أقر ماعز عند النبي ﷺ ولم يسأل المرأة ، ولو كانت إذا جحدت يسقط الحد عنه سألها .

٢٨٧٠٤ - قلنا : لأن الشبهة التي يجوز أن تطرأ لا يلزم الإمام انتظارها ، وإيقاف

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (١٨٥/٣) ، والفتاوى الهندية (١٥٨/٢ - ١٥٩) ، ورد المحتار (٢٩/٤) .

(٢) انظر : الأم (١٦٧/٦) ، والغرر البهية (٨٥/٥) ، وأسنى المطالب (١٣٢/٤) .

(٣) في (م) : [زيادة] .

(٤ ، ٥) ساقطة من (م) .

(٦) أخرجه مالك في الموطأ (٨٢٥/٢) برقم ١٥٠٨ .

الحد . ألا ترى أن رجوع المقر يسقط الحد [ولا يجوز للقاضي أن يؤخر] (١) إقامة الحد انتظارًا للرجوع . ولأن (٢) ماعزًا أقر أنه زنى بأمة فلا يجب حد القذف عليه . وهذا لا يوجد في قصة ماعز .

٢٨٧٠٥ - قالوا : روى سهل بن سعد الساعدي أن رجلًا أقر عند النبي ﷺ أنه زنى بامرأة فبعث إليها فجحدت فحد الرجل (٣) .

٢٨٧٠٦ - قلنا : يحتمل أن يكون حده حد القذف .

٢٨٧٠٧ - قالوا : لم ينقل أنها طالبت بذلك .

٢٨٧٠٨ - [قلنا : يحتمل أن تكون] (٤) طالبت بذلك . ويجوز أن تكون أمة فيجب الحد عليه وإن جحدت على طريق الطحاوي .

٢٨٧٠٩ - قالوا : جحودها مانع من ثبوت الزنى في حقها فصار كسكوته .

٢٨٧١٠ - قلنا : إذا سكتت فلم تنف الفعل مع القدرة على نفيه فجاز أن يجب فيه الحد والجاحدة نافية للفعل (٥) فيستحيل أن يحكم بوجوده .

٢٨٧١١ - فإن قيل : إذا أقر أنه زنى بخرساء لا حد عليها ... (٦) ولا تقدر أن تعبر عن الجحود .

٢٨٧١٢ - قالوا : سقط الحد عنها لمعنى يخصها لا يوجب سقوطه عنه أصله إذا أكرهها .

٢٨٧١٣ - وإذا (٧) زنى المسلم بحربية قلنا : إذا (٨) أكرهها فلم ينف الفعل في حقها ، وإنما انتفى الحد وسقط عنها . ليس هو المسقط لحده (٩) عنها وإنما المسقط عدم الفعل منها وتصديقها على نفيه وأما المستأمنة فقد وجد الفعل منها ، وتعلق به الحد وتعذر (١٠) الاستيفاء . لأنها في دارنا على حكم دار الحرب .

---

(١) في (م) : [ولا يجوز أن يؤخره القاضي] .
(٢) في (م) : [ولا] .
(٣) أخرجه أبو داود ي سننه (١٥٩/٤) برقم (٤٤٦٦) .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٥) في (م) : [الفعل] .
(٦) توجد هنا إحالة ولكنها غير مقروءة .
(٧) في (م) : [وإن] .
(٨) في (م) : [فإذا] .
(٩) في (م) : [فحده] .
(١٠) في (م) : [وبعد] .



[فيمن يقيم الحد على المملوك]

٢٨٧١٤ - قال أصحابنا : لا يملك المولى [١] إقامة الحد [٢] على مملوكه ، وإنما ذلك إلى الإمام أو إلى من نصبه الإمام [٣] .

٢٨٧١٥ - وقال الشافعي : للمولى أن يقيم الحد على عبده وأمته إذا كان جلدًا [٤] . واختلف أصحابه في القطع في السرقة والقصاص والقتل بالردة . فمنهم من قال : لا يملك . قالوا : والمذهب : أنه يملك . واختلفوا في المرأة فمنهم من قال : تملك إقامة الحد على مملوكها ومنهم من قال : لا تملك المرأة ذلك . ولكنه إلى زوجها . ومنهم من قال : إلى الإمام . واختلفوا في الولي الفاسق . فمنهم من قال : يملك إقامة الحد . ومنهم من قال : لا يملكه .

٢٨٧١٦ - وهل يملك سماع البينة في [٥] الحد . ويبحث عن عدالة الشهود ، فيه وجهان .

٢٨٧١٧ - وهل يملك المكاتب إقامة الحد على مملوكه ؟ فيه وجهان .

٢٨٧١٨ - والدليل على ما قلنا : أن ما جاز للإمام : أن يستوفيه بولاية الإمامة . لا يملك غيره أن يستوفيه إلا بتولية ، أصله حد الأحرار . والخراج والجزية لأنها ولاية خاصة فلا يملك بها إقامته الحد كولاية الأب والوصي . ولأن من لا يملك إقامة الحد على الحر لا يملك إقامته على العبد كالصبي والمجنون ، أو نقول : من لا يملك إقامة الحد على عبد غيره لا يملك إقامته على عبد نفسه [٦] أو من لا يملك إقامة الحد الكامل لا يملك إقامة الحد الناقص . [أو من لا يملك] [٧] [إقامة الحد بالبينة لم يملك إقامته [٨] على عبده [٩] .

٢٨٧١٩ - [فإن قيل] [١٠] : المعنى في الصبي والمجنون أن لا يلي على العبد . فلا يقيم الحد عليه . والبالغ العاقل يلي على عبده ، وآكد من ولاية الإمام فلذلك [١١] ملك أن يحده .

(١) في (م) : [الولي] .
(٢) في (م) : [الحدود] .
(٣) انظر : الاختيار (١٣٦/٤) ، وشرح الكنز منلا مسكين (٣٥٥/٢) ، والعناية على الهداية (٢٣٥/٥) ، والبناية في شرح الهداية (٣٧٤/٥) .
(٤) انظر : الأم (٣٦٨/٨) .
(٥) ساقطة من (م) .
(٦) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش وفي (م) : [غيره] .
(٧ ، ٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٩) غير واضحة في (ص) .
(١٠) ما بين المعكوفتين زيادة اقتضاها السياق .
(١١) في (م) : [فكذلك] .

٢٨٧٢٠ - قلنا : الصبي وإن كان لا يملك الولاية والمولى أيضاً لا يملك ولاية عليه [١] والحدود أيضًا تستوفى بالولاية العامة دون الخاصة .

٢٨٧٢١ - ولأن الولي [٢] لا يملك الإقرار على عبده بالحد [٣] . وما لا يملك المولى الإقرار به عليه فحكمه فيه كحكمه بعد الحرية أصله الطلاق . [ولأن ما لا يملكه المولى الكافر من عبده ، لا يملكه المولى المسلم من عبده كالطلاق] [٤] وعكسه البيع والعتق .

٢٨٧٢٢ - فإن زعموا في الوصف .

٢٨٧٢٣ - قلنا : إقامة الحد عبادة فلا تصح مع الكفر كسائر العبادات . ولأن ما لا يملك تنفيذ الأحكام . لا يملك إقامة الحد كالكافر .

٢٨٧٢٤ - احتجوا : بما روي أن أمة لآل رسول الله ﷺ زنت . فقال النبي ﷺ لعلي : « انطلق فأقم عليها الحد » . قال : فانطلقت فإذا بها دم يسيل ينقطع . فأتيته . فقال : « يا علي . أفرغت » ، فقلت : أتيتها ودمها يسيل فقال : « دعها حتى ينقطع دمها . ثم أقم عليها الحد وأقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم » [٥] .

٢٨٧٢٥ - قلنا : هذه تولية من النبي ﷺ للمخاطب . ونحن لا نمنع أن يقيم المولى الحد بإذن السلطان . فمن زعم أن الأمر لجميع الناس مع احتماله له أن يكون خاصا لمخاطب بعينه احتاج إلى دليل .

٢٨٧٢٦ - احتجوا : بقوله ﷺ : « إذا زنت أمة أحدكم فليحدها . فإن زنت فليبعها ولو بضفير » .

٢٨٧٢٧ - قلنا : هذا أمر ظاهره [٦] يقتضي الوجوب . والمولى يجوز له إقامة الحد عليهم . ولا يجب عليه . والذي يجب عليه هو الإمام . فليس لهم صرف الوجوب عن [ظاهره] .

٢٨٧٢٨ - ألا ولنا تخصيص العموم . وحمله على الولاة . أو نحمله على دفع الأمة إلى من يقيم الحد عليها [٧] . وأضاف ذلك إلى المولى . كما يقال : بنى دارًا فلان ، والمعنى أمر ببنائها .

---

(١) في (م) : [علته] .
(٢) في (م) : [المولى] .
(٣) في (م) : [بلحد] .
(٤) ما بين المعكوفين من (م) .
(٥) أخرجه الترمذي في سننه (٤٧/٤) برقم ١٤٤١ .
(٦) في (م) : [فظاهره] .
(٧) زيادة في (م) .

٢٨٧٢٩ - ومن أصحابنا : من حمل الخبر على الجلد الذي هو التعزير وذلك يجوز للمولى عندنا .

٢٨٧٣٠ - وقولهم : إن الجلد إذا ذكر مع الزنى المراد به الحد ليس بصحيح . لأن الحد اسم الضرب . وإذا ذكر في موضع والمراد به [1] الحد لم يمتنع أن يذكر في موضع آخر ويراد به غير الحد .

٢٨٧٣١ - فإن قيل : ذكر أبو داود : « فليحدها الحد » .

٢٨٧٣٢ - قلنا : لم يذكر أبو داود هذا .

٢٨٧٣٣ - قالوا : فذكر « فليحدها بكتاب الله » . وهذا أيضا يحدها بكتاب الله .

٢٨٧٣٤ - قلنا : كتاب الله عبارة عن حكمه . ومن حكمه تعزير الأمة إذا زنت . ولأن هذا خطاب من النبي ﷺ لجماعة ولاهم إقامة الحد على إمائهم فملكوا ذلك بتوليته . وزعم مخالفنا أنه بيان للحكم في حق جميع الناس . ولا يجوز إثبات ذلك بالاحتمال بل حمله على ما نقول أولى . لأنا نستعمل ظاهر الوجوب ولا نسقطه .

٢٨٧٣٥ - قالوا : روي أن رجلا سأل ابن مسعود فقال : أمتي زنت . فقال : اجلدها [2] .

٢٨٧٣٦ - وروى نافع أن غلامًا لابن عمر زنى بجارية له . فجلدهما ابن عمر [3] .

٢٨٧٣٧ - وروي أن عبد الله بن عمر قطع يد غلام له سرق [4] .

٢٨٧٣٨ - وروي أن فاطمة جلدت أمة لها زنت الحد [5] .

٢٨٧٣٩ - وروي أن [أبا برزة] [6] . جلد أمة له زنت [7] .

٢٨٧٤٠ - وروي أن عائشة قطعت يد جارية لها سرقت [8] .

---

(١) في (م) : [فيه] .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٤٣/٨) برقم (١٦٨٧٠) .

(٣) أخرجه عبد الرزاق بهذا السند في مصنفه (٢٣٩/١٠) برقم (١٨٩٧٩) .

(٤) أخرجه مالك في الموطأ (٨٣٣/٢) برقم ١٥٢٢ .

(٥) أخرجه الشافعي في مسنده كتاب الجنائز ص ٣٦٢ وابن أبي شيبة (٤٩١/٥) برقم ٢٨٢٧٨ .

(٦) في (ص) و (م) : [أبو هريرة] وما أثبتناه من الحاوي (٩١/١٧) .

(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٤٥/٨) برقم ١٦٨٨٨ .

(٨) أخرجه مالك في الموطأ (٨٣٢/٢) برقم ١٥٢١ .

٢٨٧٤١ - وروي أن حفصة قتلت [(١)] جارية لها سحرتها [(٢)] .

٢٨٧٤٢ - وعن يحيى بن سعيد الأنصاري [(٣)] قال : كانت الأنصار عند رأس الحول يخرجون من زنى من إمائهم [(٤)] فيجلدونهم في مجالسهم [(٥)] .

٢٨٧٤٣ - والجواب : أن هذه الأخبار لو كانت صحيحة ثابتة ذكرها أصحاب المسانيد [(٦)] ولم يذكرها أبو داود ولا من يجري مجراه . على أنها محمولة على الجلد على وجه التعزير والقطع . لأن منهم من كان يعتقد أن التعزير يبلغ به الحد .

٢٨٧٤٤ - ولأنا بينا أن قوله ﷺ : « أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم » وقوله « إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها » تولية منه ﷺ للمخاطبين . فيجوز أن يكون هؤلاء الجماعة ممن قصد بالخطاب فملك إقامة الحد بالتولية .

٢٨٧٤٥ - يبين ذلك ما روي عن الأعمش [(٧)] : إنه ذكر إمامة ابن مسعود بالشام . وانه أقام هناك حدًّا على رجل وجد منه ريح الخمر فقال العمش : كانوا أمراء حيث [(٨)] كانوا [(٩)] فإما أن يكون ذلك بتولية النبي ﷺ أو بأمر الأئمة لهم .

٢٨٧٤٦ - وقد روي عن ابن عمر انه قال : ارفعوا إلي الموالي . وذكر الحد .

٢٨٧٤٧ - وقد روى مسلم [(١٠)] ....

---

(١) في (م) : [قطعت] .

(٢) أخرجه بهذا اللفظ مالك في الموطأ (٨٧١/٢) برقم ١٥٦٢ .

(٣) يحيى بن سعيد بن قيس الأنصاري ، قاضي المدينة . كان جده بدريًا . سمع من : أنس بن مالك ، وسعيد . بن المسيب ، والقاسم . وروى عنه : سفيان الثوري ، وشعبة ، ومالك بن أنس ، والليث بن سعد . قال ابن القطان : مات يحيى بن سعيد سنة ١٤٣ هـ . انظر : التاريخ الكبير (٢٧٥/٨) . والجرح والتعديل (١٤٧/٩، ١٤٨) .

(٤) ساقطة من (ص) .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٤٨/٨) برقم ١٦٨٨٧ .

(٦) في (ص) : [سانيد] .

(٧) الأعمش : سليمان بن مهران أبو محمد . من صغار التابعين . ولد سنة ٦٠ هـ . رأى أنسًا وأبن أبي أوفى وروى عنهما . وكان أعلم الناس بحديث ابن مسعود . روى عنه : أبو إسحاق الهمذاني ، والثوري . قال ابن القطان : مات سنة ١٤٨ هـ . انظر : التاريخ الكبير (٣٧/٤) ، والجرح والتعديل (١٦٤/٤) وميزان الاعتدال (٣١٥/٣) .

(٨) ساقطة من (م) . والحديث أخرجه البخاري في (١٩١٢/٤) برقم ٤٧١٥ .

(٩) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(١٠) ما بين المعكوفين تصويب من مختصر اختلاف العلماء (٢٩٩/٣) . وفي (ص) ، (م) : [سلمة] .

ابن يسار [١] عن أبي عبد الله رجل من أصحاب رسول الله ﷺ كان ابن عمر أمرنا أن نأخذ عنه . قال : هو عالم فخذوا عنه . فسمعه يقول : « الزكاة والحدود والفيء والجمعة إلى السلطان » [٢] .

٢٨٧٤٨ - قال الطحاوي : أبو عبد الله هذا عسى أن يكون أخا أبي بكرة واسمه نافع .

٢٨٧٤٩ - وقد روي عن الحسن [٣] إنه قال : « ضمن هؤلاء الصدقة والصلاة والحدود والحكم » [٤] .

٢٨٧٥٠ - وعن ابن [٥] محيريز . وقول أهل الشام : إنه عبد الله . ويقول أهل مكة : إنه عبد الرحمن ، والصحيح أنه عبد الرحمن . قال : « الحدود والفيء والجمعة والزكاة » [٦] . ولم ينقل خلاف من طريق قوي يخالف هذا . وإنما نقل الأنصار . ويحتمل أن يكونوا فعلوا ذلك بأمر الولاية

٢٨٧٥١ - قالوا : ملك تزويجها مع اختلاف الدينين فوجب أن يملك إقامة الحد عليهم كالإمام .

٢٨٧٥٢ - قلنا : الإمام لا يملك التزويج إلا في الصغار . ولا يجب على الصغار حد .

٢٨٧٥٣ - ولأن النكاح ولاية خاصة ، ولا يستدل بها على [الحد ألا ترى : أن الأب يلي على ولده ولاية خاصة ، ولا يستدل به على] [٧] إقامة الحد على ولده ، بحال .

٢٨٧٥٤ - ولأن الإمام لما ملك إقامة الحد عليه لم يملك غيره بغير تولية ، أو نقول : المعنى في الإمام أنه يملك استيفاء حقوق الله تعالى . فلم يملك غيره [٨] استيفاء الحدود .

٢٨٧٥٥ - قالوا : يملك الإقرار عليه كجناية الخطأ في رقبته فملك إقامة الحد عليه.

---

(١) مسلم بن يسار أبو عثمان ، رضيع عبد الملك بن مروان . سمع أبا هريرة . وروى عنه : أبو هانئ الخولاني، وبكر بن مضر . انظر : التاريخ الكبير (٢٧٥/٧) ، والكنى والأسماء (٥٤٣/١) .

(٢) أخرجه ابن حجر من هذا الطريق في فتح الباري (كتاب الحدود - باب إذا زنت الأمة) . (١٦٣/١٢) .

(٣) في (ص) و (م) : [الحسين] ، وما أثبتناه من مختصر اختلاف العلماء (٢٩٨/٣) وأحكام القرآن للجصاص (٤١٥/٣) .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٨٥/٢) برقم ١٠١٩٩ .

(٥) في (ص) و (م) : [أبي] . وما أثبتناه من أحكام القرآن للجصاص حيث قال : عبد الله بن محيريز . (٤١٥/٣) .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥٠٦/٥) برقم ٢٨٤٣٩ .

(٧) ما بين المعكوفين ساقط من (م) .

(٨) زيادة يقتضيها السياق .

أصله الإمام في مماليكه .

٢٨٧٥٦ – قلنا : جناية الخطأ حق يلزمه المولى نفسه . لأن المستحق بها ماله . والحد عقوبة . وليس إذا ملك أن يقر في مال نفسه ملك استيفاء العقوبة .

٢٨٧٥٧ – ألا ترى : أنه لا يملك الإقرار عليه كجناية العمد لأنها [١] عقوبة . فكان اعتبار الحد بجناية العمد الذي لا يملكها أولى من اعتباره بجناية الخطأ . ولأن المولى لا يستوفي الحد عن عبد غيره ولا يملك أن يقر عليه بجناية . فعلم أن العلة في استيفاء الحد من عبد نفسه ليست [٢] هي جواز إقراره عليه ، وإنما العلة التي يملك بها إقامة الحد على عبد غيره هي ولاية الحكم .

٢٨٧٥٨ – قالوا : ولاية المولى [في عبده] [٣] أقوى من ولاية الإمام بدلالة أنه يملك بيعه وإجارته واستخدامه ولا يملك ذلك الإمام . فإذا جاز للإمام أن يقيم الحد عليه فالمولى أولى .

٢٨٧٥٩ – قلنا : المولى لا يملك هذا التصرف بالولاية . وأما إقامة الحد فإنها تملك بالولاية . وولاية الإمام أقوى .

٢٨٧٦٠ – الدليل عليه أنه لو قال : ثبت عندي أن هذا زان فاجلدوه وسع [٤] الناس أن يفعلوا ذلك به ، ولو قال المولى ذلك [٥] لم يسع [٦] [من يسمعه] [٧] أن يقيم الحد . ثم إن الإنسان يتصرف في نفسه بإجارتها وتزويجها ، ولا يملك ذلك منه . ثم يحده الإمام . ولا يملك هو أن يحد نفسه .

٢٨٧٦١ – ولأن الولاية في البيع والإجارة والاستخدام لما ملكها المولى من عبده لم يملكها غيره منه . فلو ملك منه إقامة الحد لم يملك الإمام . فلما ملك الإمام ذلك دل على أن المولى لا يملكه .

* * *

(١) في (ص) : [لأنهما] .
(٢) في (م) : [ليس] .
(٣) ساقطة من (م) .
(٤) في (م) : [ومنع] .
(٥) في (م) : [هذا] .
(٦) في (م) : [يسمعه] .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

مسألة ١٤٢٦

[رجوع شهود الإحصان والزنى بعد الرجم]

٢٨٧٦٢ - قال أبو حنيفة : إذا شهد أربعة بالزنى واثنان بالإحصان فرجم المشهود [١] عليه [٢] ثم رجعوا جميعًا فالضمان على شهود الزنى [٣] .

٢٨٧٦٣ - وقال الشافعي : عليهم وعلى شهود الإحصان أسداسًا [٤] .

٢٨٧٦٤ - لنا : أن شهود الإحصان لم يشهدوا بما يوجب التلف . وإنما جعلوا شهادة شهود الزنى شهادة بعد أن لم تكن فلم يجز أن يلزمهم الضمان . كما لو شهدوا بشرائط الإحصان قبل الزنى ثم ثبت الزنى . وهذا الأصل لا شبهة فيه . لأن من شهد بالحرية لتزول يد المولى عن عبده وبالنكاح والدخول تستحق المرأة المهر فلم توجب شهادته [٥] تلفا . وإنما نوجب بمعنى حدث بعد شهادته فصار كمن شهد بعتق عبد فقطع قاطع يده فاقتص منه . ثم رجع عن الشهادة بالعتق لم يجب عليه ضمان . وكما لو شهد بملك العبد لرجل فأعتقه المشهود عليه ثم زنى فرجمه الإمام ، ورجع الشهود بالملك لم يضمنوا النفس وإن كانت شهادتهم تنافي الرجم .

٢٨٧٦٥ - احتج المخالف : بأن الرجم ثبت بشهادة الجميع . لأن شهود الزنى لو انفردوا لم يرجم ، وإذا تلفت النفس بمجموع شهادتهم وجب الضمان عليهم كبينة [٦] شهدوا بالزنى .

٢٨٧٦٦ - قلنا : تبطل الشهادة [٧] بملك العبد إذا أعتقه [٨] المشهود له ثم زنا فرجم أن التلف حصل بشهادة شهود الملك . وبشهادة [شهود] [٩] الزنى . ولا ضمان على شهود الملك .

٢٨٧٦٧ - ولأن التلف وجب [١٠] بالزنى . والإحصان ليس بموجب وإنما هو

---

(١) في (م) : [الشهود] .
(٢) ساقطة من (م) .
(٣) بدائع الصنائع (٢٨٥/٦) ، والجوهرة النيرة (٢٤٠/٢) ، والبحر الرائق (٢٧/٥) .
(٤) انظر : مغني المحتاج (٣٩٧/٦) وأسنى المطالب (٣٨٥/٤) ، والحاوي (٨٠/١٧) .
(٥) في (م) : [بشهادته] .
(٦) غير واضحة في (ص) .
(٧) في (م) : [بالشهادة] .
(٨) في (م) : [اعتقد] .
(٩) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .
(١٠) في (م) : [أوجب] .

سبب [1] . والسبب الذي ليس بملجأ [2] عند المباشر . تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب .

٢٨٧٦٨ - فإن قيل : قد قال أبو حنيفة : إذا رجع شهود الزنى . وشهود التزكية ضمنوا جميعًا . وشهود التزكية سبب .

٢٨٧٦٩ - قلنا : شهود التزكية جعلوا شهادة شهود الزنى شهادة . بدلالة أنها كانت موجودة ولا يتعلق بها حكم . حتى زكوهم . فصاروا في حكم المباشرين . وشهود الإحصان لم يجعلوا شهادة الشهود شهادة بدلالة ان شهادتهم كانت موجودة يتعلق بها الجلد وإنما شهدوا بحال الزاني لا يوجب عليه عقوبة . وإنما العقوبة بفعله إذا تقدمت [الصفة] [3] . فلذلك قلنا : إنهم سبب .

* * *

(١) في (م) : [سلب] .

(٢) غير واضحة في (ص) .

(٣) في (م) : [الصدقة] .

مسألة ١٤٢٧

[كم يغرم الراجع من الشهود من الدية]

٢٨٧٧٠ - قال أبو حنيفة : إذا شهد ستة بالزنى . فرجع ثلاثة منهم ضمنوا [ربع][1] الدية [2] .

٢٨٧٧١ - وقال الشافعي : في البويطى : إذا قالوا : لم نعتمد القتل ضمنوا نصف الدية [3] .

٢٨٧٧٢ - لنا : أن المعتبر في الضمان عند رجوع الشهود الباقي على الشهادة دون الراجع بدلالة : أنه لو رجع اثنان لم يضمنا ؛ لأنه لو بقي على الزنى من يثبت بشهادته فلم يلزم الراجع الضمان ، وقد بقي من يثبت بشهادته ثلاثة أرباع الحق . والربع متلف بشهادة الراجعين فكان عليهم ضمانه . ولأن ما يثبت بشهادة الباقي على الشهادة لا يضمنه الراجع [4] . أصله ؛ إذا رجع اثنان لم يضمنوا مع اعترافهم بالإتلاف . لأن ما أتلفوه يثبت [بشهادة الباقين على الشهادة .

٢٨٧٧٣ - احتجوا : بأنهم لو رجعوا جميعًا كان الضمان عليهم][5] أسداسًا . فإذا رجع بعضهم وضمن لزمه عند الانفراد ما كان يلزمه عند الاجتماع على الرجوع أصله إذا شهد أربعة فرجع أحدهم .

٢٨٧٧٤ - قلنا : إذا رجعوا كلهم فلم يبق على الحق شاهد تساووا [6] في الإتلاف والضمان . فأما الأربعة : إذا رجع أحدهم ضمن الربع . ليس لأنا اعتبرناه بحال الانفراد لكن لأنه يبقى على الحق من يثبت بشهادته ثلاثة أرباعه نضمن الراجع [7] ما بقي .

٢٨٧٧٥ - كذلك في مسألتنا قد بقي من يثبت بشهادته ثلاثة أرباعه فضمن الراجعون ما بقي .

• • •

(١) في (م) : [أربع] .
(٢) انظر : المبسوط (١٠٤/٩) ، وبدائع الصنائع (٢٨٩/٦) ، وتبيين الحقائق .
(٣) الحاوي (٨٠/١٧)
(٤) في (م) : [الرابع] .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٦) في (م) : [فتساووا] .
(٧) في (م) : [الرابع] .



مسألة ١٤٢٨

[إذا زنى الرجل وله أولاد وأنكر الوطء]

٢٨٧٧٦ - مسألة : قال أصحابنا : إذا زنى الرجل وله زوجة لها منه أولاد وهو ينكر وطأها فهو محصن [١] .

٢٨٧٧٧ - وقال الشافعي : لا يحكم بالوطء إلا أن يعترف به أو يشهد به الشهود .

٢٨٧٧٨ - لنا : أن شهادة الولد على الوطء كشهادة شاهدين . فإذا ثبت الإحصان بالشهادة فالولد أولى . يبين ذلك أن أمر المسلمين محمول على الصحة . ولأن ولدها لا يكون إلا من صاحب الفراش . وهذا الظن كالظن الحاصل بالشهادة فأحدهما كالآخر . ولأنا حكمنا بالوطء حين حكمنا بثبوت [٢] النسب . فصار كما لو حكمنا بالوطء باعترافهما [٣] .

٢٨٧٧٩ - احتجوا : بأن النسب يثبت بإمكان الوطء . وإمكان الوطء لا يثبت به الإحصان . فأما إمكان الوطء [٤] يعتبر ليستدل به على وجود [٥] الوطء . فأما أن يثبت الإحصان [٦] فلا .

٢٨٧٨٠ - قالوا : عندكم لو تزوجها بحضرة الحاكم وطلقها بحضرته . ثم جاءت بولد يثبت نسبه وإن علمنا أنه لم يطأها .

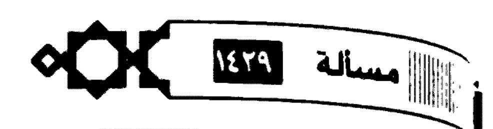
٢٨٧٨١ - قلنا : لا نعرف هذه المسألة بعينها . ويجوز أن يقال : إن النسب إذا ثبت في الموضع الذي يعلم أنه لا وطء لم يثبت الإحصان . وإنما يثبت في الموضع الذي يمكن الوطء فيحمل الأمر على الصحيح ، وعلى أنه وطئها فولدت منه [٧] .

٢٨٧٨٢ - فإن قيل : هذا ظاهر . والظاهر لا يجب [الإحصان] [٨] به .

٢٨٧٨٣ - قلنا : نعم . أثبتنا الإحصان بالظاهر كما يثبت الإسلام بالدار والانتساب به إلى المسلمين وإن جاز أن يكون كافرًا في الباطن .

---

(١) انظر : مجمع الأنهر (٦٠١/١) ، والمبسوط (٤٣/٩) ، وبدائع الصنائع (٤٩/٧) ، وتبيين الحقائق (١٩٤/٣) .
(٢) في (م) : [ثبوت] .
(٣) ساقطة من (م) .
(٤) في (م) : [الواطئ] .
(٥) في (م) : [وجوب] .
(٦) في (م) : [الإمكان] .
(٧) ساقطة من (ص) .
(٨) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .



[على من يجب أرش الضرب إذا ظهر ان الشهود عبيد]

٢٨٧٨٤ - قال أبو حنيفة : إذا حكم الحاكم بالجلد بشهادة شهود فجلد . ثم بان أن الشهود عبيد لم يضمن الإمام أرش الضرب [١] .

٢٨٧٨٥ - وقال الشافعي : يضمنه . وهل يكون في ماله أو في بيت المال على قولين [٢] .

٢٨٧٨٦ - لنا : أن أثر الضرب غير موجب لحكمه بدلالة أنه قد [٣] يجلد ويبقى للجلد [٤] أثر وقد لا يبقى . ولو كان ذلك من موجب [٥] الضرب لم ينقل عنه لعذر الجلدات وما لم يوجبه الحكم لا يجوز أن يعود ضمانه إليه .

٢٨٧٨٧ - وعلى هذا قال أبو حنيفة : إن الشهود لا يضمنون أثر الضرب إذا رجعوا . لأن الأثر غير موجب بالشهادة بدلالة ما قدمنا .

٢٨٧٨٨ - احتجوا : بأنها جناية صارت عن خطأ الإمام في الحكم فيتعلق بها [الضمان كما لو حكم برجمه فمات] [٦] .

٢٨٧٨٩ - قلنا : لأن التلف [موجب بالحكم] [٧] بدلالة أنه لا يعد عنه وليس كذلك الأثر ؛ لأن الجلد يعد عنه . فدل أنه ليس بواجب [٨] .

٢٨٧٩٠ - قالوا : كل جناية يضمن بها القتل يضمن بها الأثر كالمباشرة .

٢٨٧٩١ - قلنا : المباشر متلف فيضمن ما تولد من فعله والحاكم موجب بما لم يوجد بموجب حكمه لا يلزمه ضمانه .

٢٨٧٩٢ - قالوا : إن كان الإمام غير موجب بحكمه فيجب أن يضمنه الجلاد .

٢٨٧٩٣ - [قلنا : الجلاد] [٩] أذن له في الضرب ولا يتميز له الضرب المؤثر من غيره فلم يضمن ما يستوفيه بنفسه .

---

(١) انظر : الفتاوى الهندية (١٥٤/٢) ، والمبسوط (٦٣/٩) ، وبدائع الصنائع (٤٧/٧) ، وتبيين الحقائق (١٩٢/٣) .

(٢) النكت لوحة ٢٧٥ .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) في (م) : [للضرب] .

(٥) في (م) : [يوجب] .

(٦) ما بين المعكوفين ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٧) ما بين المعكوفين ساقط من (م) ، ومن (ص) واستدركت في الهامش .

(٨) في (م) : [يوجب] .

(٩) ساقط من (م) .

مسألة ١٤٣٠

[اختلاف الشهود في البلدة التي زنى بها]

٢٨٧٩٤ - قال أصحابنا : إذا شهد اثنان أنه زنى بالبصرة وشهد اثنان أنه زنى بالكوفة فلا حد على الشهود [1] .

٢٨٧٩٥ - وقال الشافعي : في القول الذي يقول : إن عدد الشهود إذا نقص حدوا عليهم الحد [2] .

٢٨٧٩٦ - لنا : أن الزنى حصل بشهادة أربع من أهل الشهادة فلا يجب عليهم حد القذف كما لو شهدوا بزنى في مكانين [3] .

٢٨٧٩٧ - احتجوا : بأن كل واحد من الزنيتين [4] لم يشهد به أربعة فصار كما لو شهد اثنان .

٢٨٧٩٨ - قلنا : إذا شهد اثنان فلم يكمل عدد الشهود فوجب عليهم الحد . وفي مسألتنا تم العدد وهم من أهل الشهادة . وإنما سقط الحد عن المشهود عليه للشبهة [5] فلا يجب الحد على الشهود .

٢٨٧٩٩ - قالوا : شهادة بالزنى لم يجب بها الحد على المشهود عليه . فوجب على الشهود كما لو شهد أربعة أحدهم عبد ، أو شهد ثلاثة وواحد على شهادة غيره .

٢٨٨٠٠ - قلنا : سقوط الحد عن المشهود وعليه لا يستدل به على وجوب الحد على غيره . لأن الشبهة قد تسقط الحد ولا توجبه . وأما إذا كان أحدهم عبدًا فلم يشهد بالزنى أربعة من أهل الشهادة . ومتى نقص العدد وجب الحد .

٢٨٨٠١ - وفي مسألتنا بخلافه . وأما إذا كان أحدهم يشهد على غيره . فلأن هذه الشهادة لا يثبت بها حد فسقطت وبقي شهادة ثلاثة فوجب الحد عليهم .

٢٨٨٠٢ - وفي مسألتنا شهد بالزنى أربعة يثبت بشهادتهم الزنى . وإنما سقط الحد باختلافهم فلذلك لم يجب الحد عليهم .

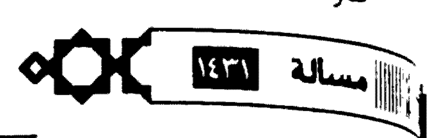
---

(١) انظر : فتح القدير (٢٨٦/٥) ، والمبسوط (٦١/٩) ، والعناية شرح الهداية (٢٨٥/٥) .

(٢) انظر : النكت لوحة ٢٧٤ .

(٣ ، ٤) ساقطة من (ص) ، (م) .

(٥) في (م) : [كالشبهة] .



سقوط الحدود بالتوبة

٢٨٨٠٣ - قال أصحابنا : الحدود لا تسقط بالتوبة إلا قتل المرتد وحده ، وحد قاطع الطريق إذا تاب قبل القدرة عليه (١) .

٢٨٨٠٤ - وقال الشافعي : يشبه أن يكون كل حق لله تعالى يسقط بالتوبة (٢) .

٢٨٨٠٥ - لنا : ما روي أنه ﷺ رجم ماعزًا ، وأخبر عن توبته . ورجم الغامدية وقال : « لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس (٣) لقبلت منه » (٤) . وهذا يدل أن التوبة لا تسقط الحد . ولأنه قتل يجب على المسلم فلا يسقط مع توبته (٥) الحد عليه والقدرة بالتوبة أصله القصاص .

٢٨٨٠٦ - ولا يلزم قتل المرتد . لأنه لا يجب على المسلم . ولأن الحدود وضعت للزجر فلو سقطت بالتوبة أظهرها كل من يجب عليه الحد يسقط عنه فيؤدي إلى أن لا يقام [حد] (٦) أبدًا .

٢٨٨٠٧ - ولا يلزم المرتد . لأنه مرتد بدين لشبهة تدخل عليه فالظاهر أنها زالت حتى أظهر التوبة . وأما الزاني فلا يزني بدين فيجوز أن يظهر التوبة ليسقط العقوبة .

٢٨٨٠٨ - ولا يلزم قاطع الطريق . لأن حده لا يسقط بالتوبة . وإنما سقط بها لعدم ثبوت اليد عليه . ولأن النبي ﷺ قال : « الحدود كفارات لأهلها » (٧) والكفارات لا تسقط بالتوبة كذلك الحد .

٢٨٨٠٩ - احتجوا : بأن التائب لا يستحق العقوبة . والحد يجب على وجه العقوبة .

---

(١) انظر : البحر الرائق (٣/٥) ، وفتح القدير (٤٢٩/٥) ، والجوهرة النيرة (١٧٣/٢ - ١٧٤) ، وبدائع الصنائع (٩٧/٧) .

(٢) انظر : المهذب (٢٨٥/٢) ، وروضة الطالبين (١٥٨/١٠) ، وفتح العزيز شرح الوجيز (١٥٣/١١) .

(٣) المكس في البيع : نقصان الثمن . وقد غلب استعماله فيما يأخذه أعوان السلطان ظلمًا عند البيع والشراء . المصباح المنير مادة (مكس) ص ٥٧٧ .

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣٢٣/٣) برقم (١٦٩٥) .

(٥) في (م) : [ثبوت] .

(٦) في (م) : [حدًا] .

(٧) أخرجه البخاري في صحيحه (٩٠/٦ - ٢٤) برقم ٦٤٠٢ .

٢٨٨١٠ - قلنا : يستوفي بعد التوبة على طريق المحبة . [وهذا غير] [1] أن يثبت مع التوبة كما يمرضه الله تعالى .

٢٨٨١١ - فإن قيل : قد سقط ما كان واجبًا وادعيتم وجوب غيره .

٢٨٨١٢ - قلنا : لم يسقط و [2] لكن تغيرت صفته فكان يستوفي [3] على وجه فصار يستوفي على غيره .

• • •

(١) ما بين المعكوفين ساقط من (م) .
(٢) ساقطة من (م) .
(٣) في (م) : [مستوفي] .



[إقرار الأخرس بالزنى]

٢٨٨١٣ - قال أصحابنا : إذا أقر الأخرس بالإشارة لم يجب عليه الحد [1] .

٢٨٨١٤ - وقال الشافعي : يحد [2] .

٢٨٨١٥ - لنا : أن إشارة الأخرس قائمة مقام نطقه . والحد لا يثبت بما قام مقام الغير كالكنايات [3] ، وشهادة النساء مع الرجال ، والشهادة على الشهادة . ولأن ما لا يجب به الحد في حق الناطق لا يثبت به [4] في حق الأخرس شيء عن صريح اللسان [5] والإشارة [6] أكثر أحوالها أن تكشف عن وطء من غير عقد ولا شبهة . ولو صرح بهذا الصحيح لم يجب الحد [7] عليه فالأخرس [8] مثله .

٢٨٨١٦ - ولا يقال : إنه يكتب . لأن عندهم لا يقف وجوب الحد على [النطق بل عليه وعلى الكتابة] [9] ولا يمكنه أن يقول : فعلت هذا ، وإنما يشير إلى ما كتب وفي الكتابة احتمال .

٢٨٨١٧ - فإن قيل : لو كان كذلك لم يقع طلاقه إلا بنية .

٢٨٨١٨ - قلنا : الطلاق يقع بغير الصريح مع عدم النية . إذا كان هناك دلالة حال . وإشارة الأخرس كالنطق المحتمل إذا قارنه دليل .

٢٨٨١٩ - احتجوا : بالظواهر التي تدل على وجوب الحدود .

٢٨٨٢٠ - قلنا : قد أريد بها إذا تعرف أسبابها من النية وهذا لا يوجد في الأخرس .

٢٨٨٢١ - قالوا : من وقع طلاقه وعتاقه صح إقراره بالزنى كالناطق .

٢٨٨٢٢ - قلنا : الطلاق والعتاق لا يقفان على الصريح بل يصح كل واحد منهما بالكتابة والإشارة كذلك .

---

(١) انظر : الفتاوى الهندية (١٤٩/٢) ، ومجمع الأنهر (٧٣٢/٢) .
(٢) انظر : أسنى المطالب (١٣١/٤) ، ومغني المحتاج (٤٥١/٥) ، والحاوي (٤٣/١٧) .
(٣) في (م) : [كالكتاب] .
(٤) ساقط من (ص) .
(٥) في (م) : [اللسان] .
(٦ ، ٧) ساقطة من (م) .
(٨) في (م) : [لاخرس] .
(٩) في (ص) و (م) : [الكافر ولا يكتبها] وما أثبتناه هو الصواب .

٢٨٨٢٣ - والإقرار بالحد بخلافه . ولا فرق عندنا بين الأخرس والناطق . لأن الناطق إذا أقر بلفظ يحتمل لم يجب الحد وإنما الحد إذا أقر بصريح لا احتمال فيه . وهذا لا يوجد في الأخرس .

٢٨٨٢٤ - قالوا : يصح إقراره بالقصاص فصح الحد كالناطق .

٢٨٨٢٥ - قلنا : ذكر محمد في الجامع الصغير : ويقتص من الأخرس ويقتص له إذا ثبت ذلك بالبينة وأما الإقرار فلا . ولو سلمنا ذلك على ظاهر الكتاب فالفرق بينهما أن الصحيح لو أقر بمعنى العمد وجب القصاص متى قال : قصد ضربه بالسيف والأخرس يأتي [1] معنى العمد . وأما الزنا فلو أقر الناطق بمعناه لم يحد . كذلك الأخرس إذا أشار بمعناه .

• • •

(١) غير واضحة في (ص) .



مسألة ١٤٣٣

[وجوب الحد على مسلم ثم ارتداده ثم توبته]

٢٨٨٢٦ - قال أصحابنا : إذا وجب الحد على مسلم فارتد ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلمًا ؛ سقط الحد عنه .

٢٨٨٢٧ - وقال الشافعي : لا يسقط [١] .

٢٨٨٢٨ - لنا قال تعالى : ﴿ قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغۡفَرۡ لَهُم مَّا قَدۡ سَلَفَ ﴾ [٢] ، وقال ﷺ : « الإسلام يجب ما قبله » [٣] .ولأنها توبة من كفرٍ ، فجاز أن يسقط الحد كالكفر [٤] الأصلي .ولأنه حد وجب قبل الإسلام ، فجاز أن يسقط بالإسلام أصله : العقل بالردة ، ولا يلزم إذا أسلم في دار الإسلام ؛ لأنا عللنا الجواز .

٢٨٨٢٩ - ولا يقال : إن ذكر الجواب لا يصح في الأصل ؛ لأن القتل يسقط عن المرتد إذا أسلم بكل حال ؛ لأنه إذا ارتد عندنا لزندقة لم يسقط القتل بتوبته . ولأن الحربي إذا وجد منه سبب الحد ثم أسلم ، لم يحد ، فإذا لحق المرتد بدار الحرب صار من أهلها ، والطارئ على الحدود قبل استيفائها كالموجود ابتداء ؛ بدلالة : رجوع الشهود أو ردتهم ورجوع المقر عن إقراره .

٢٨٨٣٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةً ﴾ [٥] .

٢٨٨٣١ - قلنا : الفاء للتعقيب ، فظاهر الآية يقتضي إقامة الحد عَقِيب القذف ، فأما بعد ذلك فلا تدل الآية عليه .

٢٨٨٣٢ - وقوله ﷺ : « أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم » [٦] يقتضي حال ثبوت اليد ، فإذا لحق العبد بدار الحرب ؛ زالت اليد عنه ، فسقط الأمر بعد عوده ، لم يبق حد واجب عندنا ، والأمر يقتضي إقامة الحدود الواجبة .

---

(١) انظر : الأم (١٧٦/٦) وعبارته : ولو كانت الجناية وهو مسلم ثم ارتد فإن كانت عمدًا فهي كجنايته وهو مرتد وإن كانت خطأ فهي على عاقلته لأن الجناية لزمتهم إذ جنى وهو مسلم .

(٢) سورة الأنفال : الآية ٣٨ .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) في (م) : [كالكافر] .

(٥) سورة النور : الآية ٤ .

(٦) أخرجه الترمذي في سننه (٤٧/٤) برقم (١٤٤١) ، وأحمد في مسنده (٩٥/١ ، ١٣٥ ، ١٣٦ ، ١٤٥) .

٢٨٨٣٣ - قالوا : حد وجب عليه ، فلا يسقط بلحاقه [١] ، أصله : المسلم إذا وجب عليه حد فدخل دار [٢] الحرب بأمان ثم عاد .

٢٨٨٣٤ - قلنا : باللحوق لا يسقط عندنا ، وإنما يسقط إذا صار من أهل الدار ، والمستأمن باقٍ على حكم دارنا ، فكأنه لم يلحق ؛ يبين ذلك : أنه لا يعتبر بالكون في الدار ، ألا ترى أن الحربي المستأمَن في دارنا على حكم الحرب في امتناع إقامة الحد عليه؟ كذلك المستأمن منا في دارهم على حكم دارنا .

٢٨٨٣٥ - قالوا : ما طريقة وجوب الحد ولم يقدح في حال وجوبه ، لم يسقط مع إمكان استيفائه . أصله : إذا جن ثم أفاق ، وأصله : إذا زنى بعاقله ؛ لم يسقط الحد عنه .

٢٨٨٣٦ - قلنا : إذا جن من وجب عليه الحد ثم أفاق ؛ سقط الحد عندنا ، وتنتقض العلة بردة الشهود ، وبرجوع المقر ، وزوال إحصان المقذوف .

٢٨٨٣٧ - فإن قالوا : زوال العفة يؤثر في عفته حال القذف .

٢٨٨٣٨ - قلنا ليس إذا طرأ منه زوال العفة زالت عفته في الحال السابقة ، لكن طرأ معنىً لو كان موجودًا ابتداء منع ، فأما جنون الواطئ ؛ فإنه إذا وطئها وهو مجنون ، ففعله ليس بزنىً ، فخرج فعلها وهو تابع أن يكون زنىً . وفي مسألتنا طَرَآنُ [٣] الجنون لا يخرج فعله من أن يكون زنىً عند وقوعه فلذلك لم يؤثر في فعلها .

* * *

---

(١) في (م) : [لمخافة] .

(٢) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٣) في (م) : [طرفان] .



[التعريض بالقذف]

٢٨٨٣٩ - قال أصحابنا : إذا عرض بالقذف لم يجب عليه الحد [١] .

٢٨٨٤٠ - وقال الشافعي : إذا نوى [٢] بذلك القذف حد . وإن قال : لم أرد القذف استحلف . فإن نكل عن اليمين استحلف المقذوف ، وحد القاذف [٣] .

٢٨٨٤١ - لنا : أن السلف اختلفوا . فمنهم من حد بالتعريض ، ومنهم من لم يحد [٤] . ولم ينقل عن أحد منهم اعتبار النية فصار ذلك خلاف الأصل إجماعًا [٥] . ولأن الكناية [٦] قائمة مقام الصريح ، والحد لا يجوز إثبات بما قام مقام الغير كشهادة النساء .

٢٨٨٤٢ - ولأن تعلق الحد بالقذف والكناية [٧] تجري مجراه ، والحد إذا وجب بمعنى لم يجب بما يقوم مقامه كما لا يجب حد الزنا بالوطء فيما دون الفرج . وكما لا يجب حدا السرقة في الخلسة .

٢٨٨٤٣ - ولأن كل معنى لا يجب به الحد إذا انفرد [٨] لم يجب به الحد وإن انضمت إليه النية أصله القُبَل واللمس والقذف بالكفر . ولأن مسألة القاذف عما أراد بالكناية توصل إلى إيجاب الحد . وقد أمرنا بدرء الحدود دون التوصل إلى [إثباتها] [٩] . ولأنه حد فلا يجب يمين المدعي كحد السرقة .

٢٨٨٤٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ﴾ [١٠] .

٢٨٨٤٥ - قلنا : المراد به الرمي بصريح الزنى . بدلالة قوله : ﴿ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ ﴾ [١١] شهادة الأربعة إنما تعتبر في الزنى . ونحن لا نسلم أن هذا رمي بالزنى ، ولا

---

(١) المبسوط (١٢٠/٩) ، وتبيين الحقائق (١٩٩/٣) وفتح القدير (٣١٧/٥) ، وبدائع الصنائع (٤٣/٧) .

(٢) في (م) : [نويت] .

(٣) انظر : الأم (٣٦٩/٨ ، ١٦٢/٧) ، لكنه قال في التعريض ما نصه : ولا حد في التعريض . انظر الأم (٣٦٩/٨) ، وهو المذكور في أغلب كتب الشافعية . انظر : حاشية الجمل (٤٣٥/٤) ، وتحفة المحتاج (٢٠٦/٨) ، وأسنى المطالب (٣٧٢/٣) ، وفتاوى الرملي (٣٤٧/٣) .

(٤) أخرج مالك في الموطأ (٨٢٩/٢) برقم ١٥١٥ .

(٥) في (م) : [إجماعه] .

(٦ ، ٧) في (م) : [الكتابة] .

(٨) ساقطة من (م) .

(٩) ما بين المعكوفتين من (م) .

(١٠ ، ١١) سورة النورة : الآية ٤ .

أجمعنا على أنه لم يرد عموم الرمي ، وإنما المراد مخصوص .

٢٨٨٤٦ - فقلنا : المراد والذين يرمون بصريح الزنى وقال مخالفنا : بالصريح وفي معناه . ومن أضمر شيئا واحدًا كان أولى .

٢٨٨٤٧ - قالوا : أراد القذف بلفظ يصلح له فصار كقوله : زنيت في الجبل .

٢٨٨٤٨ - قلنا : الإرادة لا معنى لها في إثبات الحدود . بدلالة صريح اللفظ إذا عري عن الإرادة . وأراد به غير القذف . و العرف [1] اصطلاح طارئ فهو أولى من الحقيقة . فإن لم يكن بد [2] عرف فليس بقذف ، فأما الكناية فلا عرف ، ولو وجد فيها عرف صار كقوله : زنيت واستغنت عن النية .

٢٨٨٤٩ - قالوا : الكناية مع النية تجري مجرى الصريح فيما ليس من شرط الشهادة . أصله الطلاق والإقرار .

٢٨٨٥٠ - قلنا : يبطل بالتعريض بالخطبة في حال العدة . فإن الله تعالى حرم التصريح وأباح التعريض ولم يجر مع النية مجرى الصريح في باب التحريم .

٢٨٨٥١ - ولأن الكناية [مع النية] [3] مسلم أنه تجري مجرى الصريح إلا أن الحدود لا تثبت بما قام مقام الغير . والطلاق [4] والإقرار يجوز إثباتهما بما أقام مقام الغير .

٢٨٨٥٢ - قالوا : كل لفظ يحتمل أمرين ينصرف بالنية [5] إلى أحدهما أصله إذا قال : يا يحيى خذ الكتاب بقوة . وهو يخاطب رجلًا بطلت صلاته .

٢٨٨٥٣ - قلنا : إذا احتمل اللفظ احتماله شبهة في منع الحد ، وانضمام النية إليه كانضمامها إلى الإقرار بالزنى باللفظ المحتمل وانضمام النية إلى شهادة الشهود بالزنى باللفظ المحتمل .

• • •

---

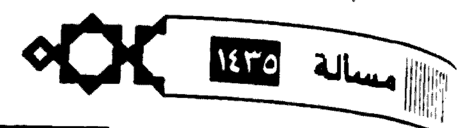
(١) في (م) : [الفرق] .

(٢) غير واضحة في (ص) .

(٣) ما بين المعكوفين ساقط من (م) .

(٤) في (م) : [الإطلاق] .

(٥) في (م) : [بالقصبة] .



[حكم من مات بتعزير الإمام]

٢٨٨٥٤ - قال أصحابنا : إذا عزر الإمام رجلًا فمات من التعزير لم يجب عليه ضمان .

٢٨٨٥٥ - قال الشافعي : الضمان في ماله على أحد القولين . وفي القول الآخر في بيت المال (١) .

٢٨٨٥٦ - لنا : أنها عقوبة يستوفيها الإمام بالولاية على (٢) المسلمين فلا تكون مضمونة عليه كالحد (٣) . ولأنها يستوفيها مطالبة آدمي . فلا يضمن ما يتولد منها كحد القذف . [ولأنها عقوبة] (٤) يستوفيها لمصلحة المسلمين كالحد . لأنه يستوفيها لإزالة الفساد عن دار الإسلام كالحدود . ولأن الإمام لو لزمه ضمان بتصرفه لم يقبل قوله فيه كما يستوفيه لنفسه .

٢٨٨٥٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ ﴾ (٥) .

٢٨٨٥٨ - قلنا : الإمام ليس بقاتل وإنما هو آمر بالقتل فلا تتناوله الآية . وإن فرضوا الكلام في الإمام إذا فعل التعزير بنفسه .

٢٨٨٥٩ - قلنا : الآية تقتضي وجوب الدية على القاتل . والإمام لا ضمان عليه باتفاق . وإنما تجب عندهم على عاقلته أو في بيت المال .

٢٨٨٦٠ - قالوا : روي عنه ﷺ أنه قال : « ألا إن قتيل خطأ (٦) العمد قتيل السوط والعصا ، فيه مائة من الإبل » (٧) .

٢٨٨٦١ - قلنا : هذا يقتضي القتل الذي تغلظ فيه الدية . وهذا القتل لا تتغلظ فيه الدية باتفاق .

٢٨٨٦٢ - قالوا : روي عن علي [ﷺ] أنه قال : « ما من أحد أقمت عليه حدًّا من

---

(١) انظر : مغني المحتاج (٥/٥٣٤) ، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج (٩/١٩٢) ، والأم (٦/٩٤) .
(٢) في (م) : [عن] .
(٣) في (ص) و (م) : [كالحر] .
(٤) في (م) : [ولا] .
(٥) سورة النساء : الآية ٩٢ .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٧) أخرجه النسائي في سننه (٨/٤٢) برقم ٤٧٩٩ .

حدود الله فأحببت أن أزيد إلا شارب الخمر . فإنه شيء فعلناه برأينا [١] . قالوا : ومعنى هذا أن يحد الشارب أربعين . فأراد أن يضموا إليها أربعين على وجه التعزير .

٢٨٨٦٣ - قلنا : اجتهادهم لم يكن في زيادة العدد ولكن في صفة الضرب لأنه ﷺ ضرب بالجريد والنعال [٢] . وهم نقلوا ذلك إلى السياط وليس في ذلك تعزير .

٢٨٨٦٤ - قالوا : روي أن عمر بن الخطاب بعث إلى امرأة بلغه عنها ريبة . فدعوها فأجهضت . فاستشار عثمان وعبد الرحمن فقالا : إنما أنت مؤدب [٣] . فقال علي : إن كانوا أخافوك فقد غشوك . فإن اجتهدوا فقد أخطأوا ، والذي عليك الغرة . فقال عمر : أقسمت عليك لتقسمها على قومك [٤] .

٢٨٨٦٥ - قلنا : إن صح هذا الخبر فالمسألة خلاف بينهم ، فلا يصح الاحتجاج بقول البعض .

٢٨٨٦٦ - قالوا : ضرب آدمي غير مقدر ، وضع لاستصلاح المضروب [٥] . فوجب أن يكون مضمونا [في حقه] [٦] . أصله : ضرب الرجل امرأته .

٢٨٨٦٧ - قلنا : لا نسلم أنه غير مقدر . لأن عندنا أقله [٧] ثلاثة وأكثره تسعة وثلاثون ، وما بين ذلك رأي الإمام . فأما ضرب الرجل امرأته فيستوفيه لمنفعة نفسه فكان مضمونا عليه .

٢٨٨٦٨ - وفي مسألتنا يستوفيه لمصلحة المسلمين كالحد . وأما ضرب الرجل لابنه فإنه يفعله لحق المسلمين ولمصلحة الولد . لأن صلاح الولد [٨] يعود نفعه إلى الأب ؛ لأن الزوج والأب ممن يجوز أن يلزمهما الضمان بتصرفهما [٩] . وليس كذلك الإمام ؛ لأن الضمان لو لزمه بتصرفه لم ينفذ قوله .

٢٨٨٦٩ - قالوا : ضرب لا يبلغ به أدنى الحدود فوجب أن يكون مضمونا في حق غيره . أصله ضربه لزوجته .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٦٥/٤) برقم ٤٤٨٦ .
(٢) ذكره الطحاوي في شرح معاني الآثار (كتاب الحدود - باب حد الخمر) (١٥٧/٣) .
(٣) في (م) : [مؤذن] .
(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٢٣/٦) برقم ١١٤٥٣ .
(٥) في (م) : [الضروب] .
(٦) في (م) : [في غيره حقه] .
(٧) ساقطة من (م) .
(٨) في (م) : [الدين] .
(٩) في (م) : [بتعرفهما] .

٢٨٨٧٠ – قلنا : نقصانه عن الحدود ليس فعله لوجوب الضمان . بدلالة أن حد العبد أنقص من حد الحر . وقد تساويا في سقوط الضمان .

٢٨٨٧١ – ولأن النوع الذي يستوفيه الإمام بالولاية إذا لم يضمن كثيره لم يضمن قليله كالأموال . [وما يضمن كثيره] [1] لم يضمن قليله كما يستوفيه لنفسه .

٢٨٨٧٢ – قالوا : غير محدود . له مندوحة عنه كضرب امرأته .

٢٨٨٧٣ – قلنا : لا نسلم أنه يجوز تركه . لأن التعزير إن كان [لمطالبة] آدمي ثبت إن طالب ، وسقط إن ترك المطالبة كحد القذف . وإن كان للإمام المطالبة فلا يجوز تركه . وإنما يقيم الزجر والوعيد والتوبيخ مقامه في ذوى المروءات فيكون ذلك تعزيرًا لهم كما نقص منه إذا قتل من دمه للمسلمين . ويجوز أن يقيم مقام القصاص غيره . وهو الدية .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين مطموس في (ص) .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَة

المُسَمَّاة

التَّجْرِيدِ

كتاب السرقة

مسألة [١] ١٤٣٦

[المقدار الذي يقطع فيه السارق]

٢٨٨٧٤ - قال أصحابنا : النصاب الذي يقطع بسرقته عشرة دراهم فصاعدًا ؛ وما سوى الورق يقوم [٢] .

٢٨٨٧٥ - وقال الشافعي : النصاب ربع دينار ، وما سوى الذهب يقدر به [٣] .

٢٨٨٧٦ - لنا : ما روى عامر بن سعد عن أبيه أن النبي ﷺ قال : « لا يقطع السارق إلا في ثمن المجن » [٤] وروى هشام عن عروة عن عائشة أن السارق لم يقطع في عهد رسول الله ﷺ في أدنى من ثمن حجفة [٥] . وروي عن [٦] عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « لا قطع في ثمرٍ معلق ، ولا في حريسة [٧] جبل [٨] ، فإذا آواه المراح [٩] أو الجرين [١٠] فالقطع فيما بلغ ثمن المجن » [١١] . وروى عطاء عن أم

---

(١) السرقة لغة : سَرَقَ مالا يسرقه من باب ضرب . ويسمى المسروق سرقة تسمية بالمصدر . وسرق السمع مجاز ، واستراقه إذا سمعه مستخفيًا . وشرعًا : اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفها كما يلي : عرفها الحنفية : بأنها أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة جيدًا محرزًا بمكان أو حافظ . درر الحكام (٧٧/٢ - ٧٨) . وعرفها المالكية : بأنها أخذ مكلف حرًا لا يعقل لصغره . أو مالًا محترمًا نصابا أخرجه من حرزه بقصد واحد خفية لا شبهة له فيه . شرح مختصر خليل للخرشي (٩١/٨) . وعرفها الشافعية : بأنها أخذ المال خفية من حرز مثله . الغرر البهية (٨٩/٥) . وعرفها الحنابلة : بأنها أخذ مال محترم لغيره وإخراجه من حرز مثله عادة لا شبهة له فيه على وجه الاختفاء . انظر : كشاف القناع (١٢٩/٦) .

(٢) انظر : العناية شرح الهداية (٣٥٩/٥) ، مجمع الأنهر (٦١٤/١) ، واللباب في شرح الكتاب ص٢٦١ .

(٣) انظر : الأم (١٥٦/٦) ، والمهذب (٢٧٢/٢) ، وحاشيتي قليوبي وعميرة (١٨٦/٤ - ١٨٧) ، والبيان (٤٣٦/١٢) .

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه (٨٦٢/٢) ، وأحمد في مسنده (١٦٩/١) برقم ١٤٥٥ .

(٥) الحجفة : الترس المصنوع من الجلد . انظر : لسان العرب مادة (حجف) . والحديث أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٩٢/٦) برقم ٦٤١٠ ، ومسلم في صحيحه (١٣١٣/٣) برقم ١٦٨٥ .

(٦) ساقطة من (ص) ، (م) .

(٧) في (ص) ، (م) : [حريبة] . وما أثبتناه هو الصواب .

(٨) حريسة الجبل : ما يحرس في الجبل . انظر : النهاية في غريب الحديث مادة (حرس) .

(٩) المراح : هو المكان الذي تأوي إليه الماشية ليلًا . سبل السلام (٤٣٨/٢) .

(١٠) الجرين : موضع تجفيف التمر . انظر : النهاية في غريب الحديث مادة (جرن) .

(١١) أخرجه أبو داود في سننه (١٣٧/٤) برقم ٤٣٩٠ ، ومالك في الموطأ (٨٣١/٢) برقم ١٥١٨ .

أيمن قالت : قال رسول اللّٰه ﷺ : « لا تقطع يد السارق إلا في جحفة » وقومت يومئذ على عهد رسول اللّٰه ﷺ دينارًا أو عشرة دراهم [١] .

٢٨٨٧٧ - فقد دلت هذه الأخبار على أن النصاب يتقدر بثمن المجن [٢] . فلا يخلو إما أن يكون المراد مجنًا معينًا أو غير معين ولا يجوز أن يكون المراد مجانًا مختلفة لأن في الخبر المجن وهذا يقتضي التعريف ، ولأنه أخرج الكلام مخرج التقدير وبيان النصاب فلا يجوز أن يقدر ذلك مختلف لا يتقدر فلم يبقى إلا أن يكون أراد مجنًا [٣] بعينه . اختلف السلف في قيمته فروى عطاء عن ابن عباس قال : كان قيمة المجن الذي قطع فيه [٤] رسول اللّٰه ﷺ عشرة دراهم [٥] . وروى عطاء عن الحسين عن أم أيمن عن النبي ﷺ الحديث الذي قدمناه ، وروى مجاهد عن أيمن عن النبي ﷺ ولم يذكر أم أيمن [عن النبي ﷺ] [٦] . وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مثل حديث ابن عامر [٧] . وروى نافع عن ابن عمر قال : قطع النبي ﷺ في مجن قيمته ثلاثة دراهم [٨] ، وعن عائشة ربع دينار [٩] ، وعن أنس : أن النبي ﷺ قطع في مجن قيل له : كم كان قيمته ، قال : خمسة دراهم [١٠] .

٢٨٨٧٨ - فلما اختلفوا في قيمته كان الرجوع إلى أكثر ما قيل أولى ؛ لأن المقومين لو اختلفوا في مستهلك فشهد اثنان أن قيمته عشرة واثنان أن قيمته أقل وجب الأخذ بالزيادة ؛ ولأنه لا يجوز إثبات القطع بالشك ، وقد تيقنا وجوبه عند أخذ العشرة ولم يتفق ذلك فيما دونها ؛ ولأن في خبرنا تقويمه على عهد رسول اللّٰه ﷺ وفي خبرهم قيمة مطلقة ، والقيمة تختلف باختلاف الأزمان وقد كان السلاح قليلًا بالمدينة ثم إنه اتسع لما فتحت البلاد فنقصت قيمته ، فيجوز أن يكون من قومه أقل من عشرة رجع إلى قيمته بعد النبي ﷺ ، والرجوع إلى من قومه في

(١) أخرجه النسائي في سننه (٨٣/٨) برقم ٤٩٤٨ ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٦٣/٣) .
(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (١٦٣/٣) .
(٣) في (م) : [مجانًا] .
(٤) ساقطة من (م) .
(٥) أخرجه أبو داود في سننه (١٣٦/٤) برقم ٤٣٨٧ ، والنسائي في سننه (٨٣/٨) برقم ٤٩٥١ .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) . والحديث أخرجه النسائي في سننه الكبرى (٣٤٢/٤) برقم ٤٣٤٧ .
(٧) أخرجه الدارقطني في سننه (١٩٠/٣) برقم ٣٢٠ .
(٨) أخرجه البخاري في سننه (٢٤٩٣/٦) برقم ٦٤١١ . ومسلم في صحيحه (١٣١٣/٣) برقم ١٦٨٦ .
(٩) أخرجه مالك في الموطأ (٨٣٢/٢) برقم (١٥٢٠) ، والدارقطني في سننه (١٨٩/٣) برقم ٣١٥ .
(١٠) أخرجه الدارقطني في سننه (١٩٠/٣) برقم ٣١٩ ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٦٠/٨) برقم ١٦٩٦٤ .

زمن النبي ﷺ [أولى حتى علق القطع به] [١] . وقد روى عمرو بن شعيب قال : دخلت على سعيد بن المسيب فقلت له : إن أصحاب عروة بن الزبير و [٢] محمد بن مسلم الزهري وابن يسار يقولون : إن المجن خمسة دراهم قال : أما هذا فقد مضت فيه السنة [من لدن رسول الله ﷺ] [٣] عشرة دراهم [٤] ويدل عليه ما روى زفر بن الهذيل [٥] عن الحجاج بن أرطأة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « لا قطع فيما دون عشرة دراهم » [٦] وطعنهم على [٧] الحجاج لا يلتفت إليه لأن من أصحابنا من رووا عنه ، والرواية عنه تعديل . وقولهم يحمل الخبر على عشرة تساوي [٨] ربع دينار . ليس [٩] بصحيح لأن هذا لم يكن على عهد رسول الله ﷺ ولأن المجن [١٠] يقتضي أن النصاب من الدراهم وأن المعتبر وزنها دون قيمتها .

٢٨٨٧٩ - ويدل عليه ما روى محمد بن الحسن وأبو مطيع [١١] عن أبي حنيفة عن [القاسم بن عبد الرحمن] [١٢] عن أبيه عن ابن مسعود قال : « لا قطع في أقل من عشرة دراهم » [١٣] ، والصحابي إذا قال ما لا يعلم [١٤] بالقياس حمل على التوقيف .

٢٨٨٨٠ - فإن قيل : قد روي عن عائشة وابن عمر أن اليد لا تقطع في أقل من ربع دينار ، وعن عمر أن السارق لا يقطع إلا في خمس [١٥] .

٢٨٨٨١ - قلنا : تحمل هذه الأخبار كلها على التوقيف فيكون إثبات القطع

---

(١) في (م) : [حتى علق القطع به أولى] .
(٢) ساقطة من (م) ، (ص) وما أثبتناه من مصنف ابن أبي شيبة (٤٧٦/٥) .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .
(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤٧٦/٥) برقم ٢٨١١٣ .
(٥) في (م) ، (ص) : [هذيل] .
(٦) أخرجه الدارقطني في سننه (١٩٢/٣) برقم ٣٢٦ ، وأحمد في المسند (١٨٠/٢) برقم ٦٦٨٧ .
(٧) في (ب) : [إلى] .
(٨) في (ب) : [لا تساوي] .
(٩) في (ب) : [وليس] .
(١٠) في (ص) : [الحبة] .
(١١) أبو مطيع : الحكم بن عبد الله البلخي مولى قريش . روى عن : هشام بن حسان ، وابن جريج ، والثوري . وروي عنه : هشام بن عبد الله الرازي . وهو متروك الحديث . مات بخراسان . انظر : التاريخ الكبير (١٢١/٣) ، والطبقات الكبرى (٣٧٤/٧) .
(١٢) في (ص) ، (م) : [القاسم بن محمد] . وما أثبتناه من شرح معاني الآثار (١٦٧/٣) .
(١٣) أخرجه الترمذي في سننه (٥٠/٤) برقم ١٤٤٦ .
(١٤) في (م) : [يستدل] .
(١٥) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤٧٥/٥) برقم ٢٨٠٩٩ ، وعبد الرزاق في مصنفه (٢٣٥/١٠) برقم ٨٩٦٢ .

في المتيقن أولى .

٢٨٨٨٢ - ولأنه قدر مختلف في وجوب القطع فيه [فلم يقطع فيه كما في دون ربع] [(١)] دينار و [(٢)] [العشرة مختلف في وجوب] [(٣)] [القطع فيما دونها] [(٤)] .

٢٨٨٨٣ - [فإن قيل] [(٥)] إبراهيم النخعي لا يرى القطع إلا في أربعين .

٢٨٨٨٤ - قلنا [(٦)] : لا يصح لأنه لم يقل أحد بأكثر من عشرة وقول إبراهيم حكاه أصحابنا وهم أعلم به .

٢٨٨٨٥ - ولأن ما لا [(٧)] يتقدر به المهر لا يتقدر به نصاب السرقة كما دون ربع دينار ولأنه مقدار يستقر [(٨)] ضمانه باستهلاكه فلم يجب قطع بسرقته [(٩)] كما دون ربع دينار ، لأنها استباحة يقف استيفاؤها على مال ، فلم تتقدر بربع دينار [(١٠)] كالنكاح . ولأنه مقدار لا يقطع فيه الردء ، فلم يقطع فيه المباشر كما دون ربع دينار . ولأنه عضو له أرش مقدر فلا يقطع فيما يتقوم بربع دينار أصله اليد الصحيحة باليد الشلاء . قالوا : الحدود عندكم لا تجب بالقياس .

٢٨٨٨٦ - قلنا : نحن عللنا لنفي القطع لا لإيجابه .

٢٨٨٨٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا ﴾ [(١١)] وهذا يقتضي وجوب القطع على كل سارق إلا ما خصه دليل [(١٢)] .

٢٨٨٨٨ - قلنا : السارق اسم الفاعل ، وهو لا يتناول حقيقة إلا [بمن يتعين] [(١٣)] الفعل فظاهر الآية أنها نزلت فيمن سرق قبل نزولها ومن بعده لا يتناوله الظاهر وإنما يحمل على ذلك تركًا للظاهر بالإجماع فيجب أن لا يحمل إلا على من أجمعوا عليه .

٢٨٨٨٩ - قالوا : روت عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة أنها قالت : سمعت

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .
(٢) زيادة أثبتناها يقتضيها السياق ليستقيم المعنى .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقطة من (م) ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .
(٤ - ٦) زيادة أثبتناها يقتضيها السياق ليستقيم المعنى .
(٧) ساقطة من (م) .
(٨) في (م) : [يستقرض] .
(٩) في (م) : [بسرقة] .
(١٠) ساقطة من (م) .
(١١) سورة المائدة : الآية ٣٨ .
(١٢) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .
(١٣) ما بين المعكوفتين غير واضح في (ص) .

النبي ﷺ يقول : « لا يقطع السارق إلا في ربع دينار فصاعدًا » [(١)] .

٢٨٨٩٠ - قلنا : هذا حديث اختلف أهل الحديث في رفعه إلى النبي ﷺ فرواه مرفوعًا : يونس عن الزهري عن عروة وعمرة [(٢)] عن عائشة [(٣)] واختلف عن يونس فروى [القاسم بن مبرور] [(٤)] عنه خلاف ذلك [(٥)] ، واختلف عن سفيان بن عيينة فمنهم من رواه مرفوعًا [(٦)] وروى يونس عن سفيان عن الزهري وذكر أنها قالت : كان النبي ﷺ يقطع في ربع دينار فصاعدًا [(٧)] . واختلف عن يحيى بن سعيد فروي عنه مرفوعًا [(٨)] ورواه [مالك عنه موقوفا عليها] [(٩)] واختلف [(١٠)] [عن معمر] [(١١)] [فروى عبد الرزاق عنه مرفوعًا] [(١٢)] ورواه [(١٣)] ابن المبارك عنه موقوفًا عليها من قولها [(١٤)] ورواه أيوب عن عبد الرحمن بن القاسم عن عمرة عن عائشة موقوفًا قال أيوب : وحدث يحيى ابن سعيد عن عمرة عن عائشة برفعه ، فقال له عبد الرحمن : إنها كانت لا ترفعه فترك رفعه يحيى [(١٥)] وهذا اضطراب شديد يمنع من قبول هذا الخبر وكيف نظن أن عندها

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٩٢/٦) برقم ٦٤٠٧ .

(٢) في (م) : [عمر] .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣١٢/٣) برقم ١٦٨٤ .

(٤) في (ص) ، (م) : [القاسم بن سرور] . وما أثبتناه من سنن النسائي الكبرى (٣٣٦/٤) . وهو : القاسم بن مبرور الأيلي . روى عن يونس بن يزيد الأيلي وهشام بن عروة . وروى عنه خالد بن نزار والمهرى . توفي بمكة سنة ثمان أو تسع و مائة . وصلى عليه الثوري . الجرح والتعديل (١٧/٩) برقم ١٤٩٣٩ ، تهذيب الكمال (٤٢٦/٢٣) برقم (٤٨١٨) .

(٥) أخرجه النسائي في السنن الكبرى (٣٣٦/٤) برقم (٧٤٠٢) .

(٦) أخرجه الطحاوي من طريق سفيان مرفوعًا . شرح معاني الآثار (١٦٣/٣) .

(٧) أخرجه ابن الجارود في المنتقى (٢٠٩/١) برقم ٨٢٤ .

(٨) أخرجه النسائي في السنن الكبرى (٣٣٧/٤) برقم ٧٤٠ .

(٩) في هامش (ص) : [عليه] وساقط من (م) وما أثبتناه من موطأ مالك (٨٤٠/٢) . والحديث أخرجه مالك (٨٤٠/٢) برقم ١٥١٣ .

(١٠) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(١١) ساقطة من (ص) ، (م) وما أثبتناه من عمدة القاري (٢٥٩/١٩) .

(١٢) ساقطة من (م) ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش . والحديث أخرجه مسلم في صحيحه (١٣١٢/٣) برقم ١٦٨٤ .

(١٣) ساقطة من (ص) ، (م) : وما أثبتناه من فتح الباري (١٠١/١٢) .

(١٤) أخرجه النسائي في السنن الكبرى (٣٣٧/٤) برقم ٧٤٠٧ .

(١٥) ذكره ابن عبد البر في التمهيد (٢٤٣/١٩) .

هذا الخبر [١] ويحيى يرفعه [٢] إلى قيمة المجن ويظهر الاختلاف في تقويمه فلا يليق لهم أنه لا حاجة بهم إلى معرفة قيمته فعاد هذا الخبر إلى تقويمها المجن وتعلق القطع بمقدار قيمته عندها .

٢٨٨٩١ - قالوا : روت عمرة بنت عبد الرحمن أن سارقًا سرق أترجة على زمن عثمان وأمر بها فقومت ثلاثة دراهم فقطع يده [٣] ولم ينكر ذلك أحد .

٢٨٨٩٢ - قلنا : الخلاف في هذه المسألة مشهورة بينهم ، وظهور الخلاف يغني عن تحديد المخالفة عند كل حادثة فلا يصح الرجوع إلى قول أحدهم .

٢٨٨٩٣ - قالوا : مقدار يجب في زكاة الذهب بانفراده فجاز أن يقطع بسرقته أصله الدينار .

٢٨٨٩٤ - قلنا : هذا [٤] تعليل لتعلق القطع بنصف دينار فلم يدلونه على تصحيح مذهبهم وعلى إبطال مخالفهم ولا نقول بموجبه في نصف دينار إذا بلغت قيمته عشرة دراهم لم يجب به قطع فإن قاسوا على دينار قيمته عشرة دراهم .

٢٨٨٩٥ - قلنا : المعنى فيه : إنه مقدار متفق على وجوب القطع فيه وفي مسألتنا بخلافه .

٢٨٨٩٦ - قالوا : زكاة نصاب فجاز أن يقطع فيه كالشاة [٥] .

٢٨٨٩٧ - قلنا : الشاة [٦] لا يقطع فيها حتى تكمل قيمتها عشرة دراهم وكذلك نقول في نصف دينار ، فأما خمسة دراهم فلا يجوز أن تبلغ قيمتها عشرة دراهم فلم يجب فيها القطع .

* * *

---

(١) في (م) : [النص] . (٢) في (م) : [رفع] .
(٣) أخرجه مالك في الموطأ (٨٣٢/٢) برقم ١٥١٩ ، والشافعي في مسنده (٣٣٤/١) .
(٤) ساقطة من (م) .
(٥ ، ٦) في (ص) ، (م) : [الشهادة] وما أثبتناه من الحاوي (١٢٦/١٧) .

مسألة ١٤٣٧

[سرقة ما يسرع إليه الفساد]

٢٨٨٩٨ - قال أبو حنيفة ومحمد : لا يقطع في سرقة ما يسرع إليه الفساد كالبقول [والفاكهة التي لا تبقى] [١] والثمار الرطبة [٢] .

٢٨٨٩٩ - وقال أبو يوسف : يقطع في جميع ذلك [٣] . [وبه قال الشافعي [٤] . لنا : حديث] [٥] رافع بن خديج أنه ﷺ قال : « لا قطع في ثمر [٦] ولا كثر [٧] [٨] وهذا [٩] عام في جميع الثمار والكثر [١٠] الجُمَّار . وهو مما يسرع إليه الفساد .

٢٨٩٠٠ - فإن قيل : المراد به الثمرة المعلقة وقد كانت ثمار المدينة غير محرزة . والدليل عليه أنه قال : حتى [١١] يأويه الجرين [١٢] .

٢٨٩٠١ - قلنا : هذه العلة غير مذكورة في خبر رافع وإنما ذكرها عمر بن شعيب ونحن نتكلم عليها في الجواب عن حجتهم ولا يجوز أن يكون المراد الثمرة التي لا تحرز لأن جميع الأموال في ذلك كالثمرة فلا يكون [لتخصيص الثمر] [١٣] معنى .

٢٨٩٠٢ - وروى الحسن عن النبي ﷺ أنه قال : « لا أقطع [١٤] في طعام » [١٥]

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

(٢) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٥٩٥/٢ - ٥٩٦) ، وحاشية أبي السعود (٣٩٥/٢) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٦٩/٧) ، والبناية (٥٤٤/٥) .

(٤) انظر : فتح العزيز شرح الوجيز (١٩٣/١١) ، والبيان للعمراني (٤٣٨/١٢) ، والأحكام السلطانية ص ٢٨٢ .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

(٦) ساقطة من (ص) .

(٧) الثمر : هو الرطب في رأس النخلة . فإذا كبر فهو التمر . والكثر : الجمار ؛ وهو شيء أبيض يخرج من رأس النخلة . انظر : النهاية في غريب الحديث ، والمغرب مادة (ثمر) .

(٨) ساقطة من (ص) ، وفي (م) : [ولاله] . وما أثبتناه من شرح معاني الآثار (١٧٢/٣) .

(٩) ساقطة من (ص) .

(١٠) في (م) : [الكبر] .

(١١) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(١٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٣٧/٤) برقم ٤٣٩٠ ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥٢٠/٥) برقم ٢٨٥٨٤ .

(١٣) في (م) : [التخصيص المثمر] .

(١٤) في (م) [قطع] .

(١٥) أخرجه أبو داود في مراسيله (٢٠٥/١) برقم ٢٤٥ .

وهو عام في سائر الأطعمة إلا ما خصه دليل .

٢٨٩٠٣ - فإن قيل : إطلاق الطعام عندكم يتناول الحنطة .

٢٨٩٠٤ - قلنا : تخصيص الخبر بما يبطل عام فائدته (١) والواجب حمل كلام رسول الله ﷺ على ما يفيد . وقد روى الطحاوي هذا الخبر بإسناده عن الحسن .

٢٨٩٠٥ - قال : دخل رجل بيت رجل فوجد طعامًا فجلس فأكل منه فذهبوا به (٢) إلى النبي ﷺ فقال : « دعوا الناس فإني لا أقطع في طعام » (٣) .

٢٨٩٠٦ - ويدل عليه ما روي أن عائشة قالت : كان لا يقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه ، والبقول والمرق تافهة ولأن معنى (٤) الحرز فيه ناقص ؛ لأنه لا يبقى ونقصان معنى الحرز يمنع من وجوب القطع كالماء ولحوم السباع ولأنه نوع لا يقطع فيه الردء فلا يقطع فيه المباشر كالماء والسرجين (٥) . ولأنه إذا تملك في يد السارق استقر عليه ضمانه فلا يقطع فيه كالماء ، ولأن الأغراض تختلف في سرقة [أجناس الأموال] (٦) ومقاديرها ثم إن في المقادير ما لا يقطع فيه وجب أن يكون في أجناس أموال ما لا يقطع فيه .

٢٨٩٠٧ - فإن قالوا : [الموجب العلة] (٧) في الماء والطين .

٢٨٩٠٨ - قسنا عليها وإن نازعوا فيهما صحت العلة .

٢٨٩٠٩ - احتجوا : بما روي أن رجلًا من مزينة أتى رسول الله ﷺ فسألوه عن سرقة التمر المعلق ، فقال ﷺ : « ليس في شيء من التمر المعلق قطع إلا ما آواه الجرين فما أخذ من الجرين يبلغ ثمن المجن ففيه القطع وما لا (٨) يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات نكال » (٩) .

٢٨٩١٠ - قلنا : أسقط عنه ﷺ في التمر المعلق لأن ذلك مما يسرع إليه الفساد فأوجب القطع فيها حمل على الجرين ؛ لأن الثمر تحمل إلى الجرين بعد جفافها ليستحكم

---

(١) غير واضحة في (ص) .
(٢) ساقطة من (ص) .
(٣) انظر : نصب الراية (١٨٧/٤) .
(٤) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .
(٥) السرجين : الزبل والروث . انظر : المصباح المنير مادة (سرج) .
(٦) في (م) : [أموال الأجناس] .
(٧) في (ص) موجب .
(٨) ساقطة من (م) .
(٩) أخرجه النسائي في سننه (٨٥/٨) برقم ٤٩٥٩ بتمامة ومعه أسئلة أخرى .

جفافها على الأرض ولا يجوز أن يكون التفريق بين الحالتين لأجل الجرين لأن الثمار المعلقة قد تكون في الدور وراء الحيطان فتكون محرزة ، [وقد يكون الجرين] [١] حرزا وقد لا يكون فعلم أنه فصل بين الأمرين لاستحكام الثمن في أحد الحالتين دون الأخرى ، وقد روي في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « لا قطع في ثمر ولا كثر حتى يأويه الجرين » .

٢٨٩١١ - والجواب عنه ما ذكرنا وهو ما لا يحمل إلى الجرين ، ولم يفصل بين المحرز منه وغير المحرز .

٢٨٩١٢ - فإن قيل : قوله لا قطع في ثمن حتى يأويه الجرين هذه الكناية تنصرف إلى الثمرة التي أسقط القطع فيها قبل حملها .

٢٨٩١٣ - قلنا : المراد بالخبر بلوغه إلى الحال التي تحمل إلى الجرين كما يقال : « لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار » [٢] معناه حتى بلغت إلى حال الحيض ، وقال الله تعالى : ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ [٣] والكناية راجعة إلى اليتامى وإن لم يكونوا يتامى حال وجوب التسليم . يبين هذا ما روي أن عبدًا أسود سرق ودية [٤] لرجل من الأنصار فأتي به مروان [٥] فأمر بقطعه فانطلق سيد العبد إلى رافع بن خديج فأخبره فقال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا قطع في ثمر [ولا كثر] » فقال سيد العبد : انطلق معي إلى مروان فإنه يريد أن يقطع عبدي فانطلق معه رافع إلى [٦] مروان فروى له الخبر فأرسله مروان فباعه ونفاه من المدينة [٧] فقد فهم رافع سقوط القطع في الودي بحبسه لا للحرز إذا لم يجر للحرز في القصة ذكر .

٢٨٩١٤ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ قال : « لعن الله السارق يسرق البيضة

---

(١) في (م) : [وقد يكون في الجرين] .

(٢) أخرجه الترمذي في سننه (٢/٢١٥) برقم ٣٧٧ ، وابن حبان في صحيحه (٤/٦١٢) برقم ١٧١١ .

(٣) سورة النساء : الآية ٦ .

(٤) الودية : فسيل النخل وصغاره ، وتجمع على : ودى وودايا . انظر : لسان العرب مادة (ودي) .

(٥) هو : مروان بن الحكم بن أبي العاص الأموي القرشي . سمع : عثمان بن عفان ، وبسرة ، وعليا رضي الله عنه . وروى عنه : عروة بن الزبير ، وسهل بن سعد ، وابنه عبد الملك . انظر : التاريخ الكبير (٧/٣٦٨) ، ولسان الميزان (٧/٣٨٢) .

(٦) في (م) : [بن] .

(٧) أخرجه مالك في الموطأ (٤/١٣٦) برقم ٤٣٨٨ .

فتقطع يده » [١] .

٢٨٩١٥ - قلنا : المراد بيضة السلاح بدليل أن بيض الطير لا تبلغ الواحدة منه نصابًا .

٢٨٩١٦ - قالوا : روي أن سارقًا سرق أترجة في زمن عثمان فأمر بها فقومت ثلاثة دراهم من صرف اثنا عشر درهما بدينار ، فقطع عثمان يده . قال مالك : هي الأترجة التي تؤكل [٢] .

٢٨٩١٧ - قلنا : روي عن عمر بن الخطاب أنه قال : « لا قطع في ثمر » [٣] وأن الأترج يبقى مدة طويلة لا يفسد فيها فيجوز أن يقال فيه القطع .

٢٨٩١٨ - فإن قيل [٤] : فكذلك السفرجل والتفاح في بعض البلاد .

٢٨٩١٩ - قلنا : إنما سقط القطع في الفاكهة الرطبة التي تفسد فما لا يفسد إلا في مدة طويلة يجب فيه القطع .

٢٨٩٢٠ - قالوا : فالطعام يبقى بأصفهان مدة طويلة فيجب أن يتعلق به القطع هناك ولا يتعلق به في بلد آخر .

٢٨٩٢١ - قلنا : المعتبر ما يبقى في عامة البلاد ولا يعتبر المكان الشاذ النادر .

٢٨٩٢٢ - قالوا : نوع مال فيجب أن يتعلق القطع بسرقته أصله سائر الأموال .

٢٨٩٢٣ - قلنا : إذا كانت الأغراض تختلف في شركة أجناس الأموال كما تختلف في مقاديرها كان إيجاب القطع في كل جنس كدعوى إيجابه في كل قطع وهذا لا يصح ، ولأن القطع وضع لصيانة الأموال كما وضع حد القذف صيانة للأعراض ، ثم كان القطع يتعلق بمال دون مال ، والمعنى في الأموال المتفق على وجوب القطع بسرقتها أن معنى المال [كامل فيها] [٥] فلما كمل التمول فيها وجب القطع بأخذها ولما نقص معنى التمول بهذا المال لم يجب بأخذه قطع .

٢٨٩٢٤ - قالوا : ما قطع بسرقة يابسه قطع في سرقة رطبه كالنبات والقت [٦] .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٨٩/٦) برقم ٦٤٠١ ، ومسلم في صحيحه (١٣١٤/٣) برقم ١٦٨٧ .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٦٢/٨) .

(٣) في (ص) : [لحم] . والحديث أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٢٤٢/١٠) برقم ١٨٩٩٠ ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥٢٠/٥) برقم ٢٨٥٨٦ ، ٢٨٥٩١ .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) في (م) : [فيها كامل] .

(٦) القت : علف الدوابّ الرطب . انظر : لسان العرب مادة (قتت) .

٢٨٩٢٥ - قلنا : إذا كان يقطع فيه إذا سرق من مكان دون مكان كذلك يجوز أن يقطع إذا سرق وهو على صفة دون صفة لأن القطع يسقط [١] في ما ليس بمحرز بتعريضه للهلاك [٢] فما كان معرضًا للهلاك فجنسه وصفته أولى أن لا يقطع فيه ، ولأن النبات والقت [٣] معنى التمول كامل في رطبها ويابسها فوجب القطع فيهما ، ومعنى التمول غير كامل في الفاكهة الرطبة فخالف حالها حال اليابس منهما .

٢٨٩٢٦ - قالوا : الرطب واليابس لا يفترقان وقد قلتم أن اللحم لا يقطع في رطبه ومقدوده .

٢٨٩٢٧ - قلنا : ذكر ابن رستم [٤] عن أبي يوسف أن أبا حنيفة قال : لا قطع في رطب الفاكهة ويابسها فأما اللحم فقد ذكر أبو الحسن أن السمك لا يقطع في رطبه ولا في المملوح منه وهذا صحيح ؛ لأنه يوجد مما جاء تافهًا فأما اللحم فعلى الرواية التي فرق بين رطب الفاكهة ويابسها فيجب أن يفرق بين اللحم الطري والمقدد .

٢٨٩٢٨ - قالوا : المعتبر بصفة المال حال أخذه دون ما يطرأ عليه ، ألا ترى أن الشاة المريضة [٥] يجب القطع بأخذها وإن كانت لا تبقى والنبات إذا وضعت تحت الأرض يجب بسرقتها القطع وإن كانت تفسد إذا بقيت تحت الأرض .

٢٨٩٢٩ - قلنا : إنما يعتبر كون الشيء لا يبقى بجنسه ومما هو عليه في أصله فأما إذا كان بمعنى حادث فذاك غير معتبر .

٢٨٩٣٠ - قالوا : السرقة ما قيمته نصابًا من حرز مثله من غير شبه فأشبه النبات .

٢٨٩٣١ - قلنا : لا نسلم نفي الشبهة ؛ لأن كونه مما لا يدخر ولا نصاب شبهة في سقوط القطع فيه ، والمعني في النبات أن معنى التمول فيها كامل ولما نقص معنى التمول في البقول منع [٦] ذلك من وجوب القطع فيها .

* * *

(١) في (م) : [سقط] . (٢) في (م) : [الهلاك] .
(٣) في (ص) : [القت] .
(٤) هو : إبراهيم بن رستم أبو بكر المروزي . سمع : مالكًا ، والثوري ، وشعبة . وتفقه على محمد بن الحسن . وروى عنه : أحمد بن حنبل ، وأبو خيثمة زهير بن حرب . وثقه يحيى بن معين . وقال ابن عدي : منكر الحديث . مات في جمادى الآخرة سنة ٢١١ هـ . انظر : طبقات الحنفية (١/٣٧ - ٣٨) ، ولسان الميزان (١/٥٦) .
(٥) في (م) : [العنيزة] ، وفي (ص) : [العنزة] وما أثبتناه من الحاوي (١٧/١٣١) .
(٦) في (م) : [مع] .

مسألة ١٤٣٨

[سرقة ما كان أصله مباحًا]

٢٨٩٣٢ - قال أصحابنا : ما يوجد مباحًا في دار الإسلام كالصيد والجِصّ [١] والنوْرَة [٢] والخشب لا قطع فيه [٣] .

٢٨٩٣٣ - وقال أبو يوسف : يقطع في جميع ذلك إلا في الماء والسرجين والتراب [٤] .

٢٨٩٣٤ - وقال الشافعي : مثل ذلك [٥] وزعم أصحابه أن في الماء والتراب وجهين [٦] .

٢٨٩٣٥ - لنا : حديث رافع بن خديج أنه ﷺ قال : « لا قطع في ثمر ولا كثر » وقيل الكثر : إنه الجمار [٧] . وقيل : صغار النخل . وقد فهم ابن خديج من ذلك الودي . إما لأن الخبر يتناوله أو قاسه عليه . والمعنى في الودي يوجد مباحًا تافهًا . ويدل ما روي أن النبي ﷺ قال : « الناس شركاء في ثلاث : الماء والكلأ والنار » [٨] . ثبوت

---

(١) الجص : بفتح الجيم وكسرها ما يبنى به ، انظر : مختار الصحاح (٤٤/١) مادة (جصص) .

(٢) النورة : الحجر الذي يحرق ويسوى منه الكلسي ، ويحلق به شعر العانة . انظر : لسان العرب (٢٤٤/٢) مادة (نور) .

(٣) انظر . الاختيار (١٦٨/٤) ، وتبيين الحقائق (٢١٤/٣) ، والعناية شرح الهداية (٣٦٤/٥) ، ومجمع الأنهر (٦١٦/١) ، والجوهرة النيرة (١٦٦/٢) وهو مذهب الحنابلة في سرقة الماء ؛ لأنه لا يتمول عادة . انظر : الكافي لابن قدامة (٧٨/٤) ، وشرح منتهى الإرادات (٣٦٨/٣) والإنصاف (٢٥٦/١٠) .

(٤) انظر : تبيين الحقائق (٢١٥/٣) ، والمبسوط (١٥٣/٩) ، وفتح القدير (٣٦٥/٥) .

(٥) انظر : فتح العزيز (١٩٣/١١) ، والبيان (٤٤٠/١٢) ومغني المحتاج (٤٧١/٤) . وهو مذهب المالكية حيث إن عندهم القطع في سرقة كل شيء حتى الماء إذا أحرز لوضوء أو شرب أو غيره إذا كانت قيمته ثلاثة دراهم . انظر : المنتقى (١٥٧/٧) ، ومنح الجليل (٣٠٠/٩) ، والمدونة الكبرى (٥٣٦/٤) . وهو الصحيح عند الحنابلة في سرقة الصيد والملح وهو المذهب في سرقة التراب . وذكر المرداوي في سرقة الماء والسرجين وجهين . انظر : الإنصاف (٢٥٦/١٠) .

(٦) أحدهما : يقطع في سرقته إذا بلغت قيمته نصابًا ، وهو الأصح . ثانيهما : لا قطع فيه ؛ لأن النفوس لا تتبع سرقته إلا في حالة الضرورة التي تخالف الاختيار . انظر : الحاوي (١٣٣/١٧ - ١٣٤) ، والمهذب (٢٨١/١٢) وروضة الطالبين (١٢١/١٠) .

(٧) في (م) : [الحمام] .

(٨) أخرجه ابن ماجه في سننه (٨٢٦/٢) برقم ٢٤٧٢ .

الشركة شبهة في سقوط القطع . كمال بيت المال .

٢٨٩٣٦ - وروى عبد الله بن يسار قال : أتى عمر بن عبد العزيز برجل سرق دجاجة فأراد أن يقطعه . قال أبو سلمة بن عبد الرحمن قال عثمان بن عفان : « لا قطع في طير » [١] .

٢٨٩٣٧ - وروى [عباد بن العوام] [٢] عن أبي خالد عن رجل أن عليًا قال : « لا يقطع في الطير » [٣] . قالت [٤] عائشة : « كان لا يقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه » والحطب والماء والحجارة تافهة [٥] ولا يقطع في شيء منها . ولأنه يوجد في دار الإسلام مباحًا غير مرغوب فيه فلا يجب فيه القطع كالماء والسرجين ولبن الآدمية ولا يلزم الذهب والفضة ؛ لأنها توجد مباحة إلا أنهما مرغوب فيهما ولا يلزم الساج [٦] . لأنه لا يوجد مباحًا في دار الإسلام ، وإنما يوجد في دار الحرب . وجميع الأموال هناك مباحة .

٢٨٩٣٨ - فإن نازعوا في الماء دللنا عليه بقوله ﷺ : « الناس شركاء في ثلاث » .

٢٨٩٣٩ - فإن قالوا : السرجين ليس بمال لم نسلم .

٢٨٩٤٠ - فإن نازعوا في لبن الآدمية قلنا : مانع مختلف في جواز بيعه كالنبيذ ولأن مخالفنا لا يخلو إما أن يسلم نوعا من التمولات لا يقطع فيه فنعكس عليه العلة [٧] التي ذكرنا أو لا يسلم ذلك فنقول : الأعراض تختلف باختلاف أجناس الأموال كما تختلف باختلاف مقاديرها .

٢٨٩٤١ - بدلالة أن من السراق من يختار سرقة الكثير دون القليل ، ومنهم من يختار سرقة نوع دون نوع ، ثم كان في المقادير مالا يقطع فيه [وما يقطع] [٨] لأن المباحات تملك في دار الإسلام بمجرد الأخذ . فإذا سرقها فقد وجد منه سبب الملك فصار شبهة في سقوط الحد وإن لم نوجب الملك . ألا ترى أن صورة النكاح [٩] الفاسد

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥٢٣/٥) برقم ٢٨٦٠٨ ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٦٣/٨) برقم ١٦٩٨٢ .

(٢) في (ص) ، (م) : [عباد بن العواص] وما أثبتناه من مصنف ابن أبي شيبة (٥٢٣/٥) .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥٢٣/٥) برقم ٢٨٦٠٩ .

(٤) في (م) : [روت] .

(٥) في (م) : [تافه] .

(٦) الساج : ضرب عظيم من الشجر أسود يجلب من الهند . يشبه الآبنوس . انظر : المصباح المنير مادة (سوج) .

(٧) في (م) : [المحلة] .

(٨) في (ص) : [وما لا يقطع] .

(٩) في (م) : [النكاح النكاح] .

صورة الجائز إلا أنه لا يملك به فيصير شبهة في سقوط الحد ، وكذلك [1] الشراء الفاسد في صورة الصحيح فيكون شبهة ، والمقذوف إذا كان وطئ بنكاح فاسد لم يحد قاذفه . لأن فعله يشبهه الزنى فصار كهو في سقوط الحد عن قاذفه .

٢٨٩٤٢ - فإن قيل : تبطل بالدراهم والدنانير . لأنها تملك في دار الإسلام بالأخذ من الكنوز . فإذا سرقها فقد وجد الأخذ الذي يملك به ولا يكون شبهة . قلنا : الكنوز إذا كانت من ضرب الإسلام فهي لقطة ، وأخذها لا يملك به وإن كانت من ضرب الكفار ملكت بالأخذ لأجل مالكها . والإباحة التي تعود إلى ملك المال يتعين حكمها بزول إلى ملك محظور . ألا ترى أن الوالد إذا سرق مال ولده فلا يقطع فيه لأجل المالك . وإذا انتقل المال إلى غيره وجب القطع .

٢٨٩٤٣ - فإن قيل : يبطل بالمعادن من الذهب والفضة تملك [2] بالأخذ منها ثم لا تصير شبهة في السرقة .

٢٨٩٤٤ - قلنا : الذهب والفضة توجد من المعدن غير معمول فتهلك وسرقة مثله لا قطع فيها حتى تسبك وتخلص .

٢٨٩٤٥ - فإن قيل : تبطل بالساج .

٢٨٩٤٦ - قلنا : يملك [3] بالأخذ من دار الحرب . وحكم دار الحرب لو اعتبر لسقط القطع في جميع الأموال لأنها تملك في دار الحرب . فإذا وقع الملك ثم صار شبهة في حق السارق . لأنه أخذ يماثل [4] الأخذ الذي يملك به .

٢٨٩٤٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ[5] وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾[6] وهذا عام .

٢٨٩٤٨ - قلنا : قد بينا أن حقيقة السرقة تقتضي من لابس الفعل . فاقتضت الآية وجوب القطع على من فعل ذلك قبل نزولها ، وإنما تحمل على من فعل [7] ذلك بالإجماع .

٢٨٩٤٩ - قالوا : اعتبار ما أجمعوا على دخوله تحت الآية . قالوا : روى أبو هريرة أنه ﷺ قال : « لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده » .

---

(١) في (م) : [فكذلك] .
(٢) في (م) : [فملك] .
(٣) في (م) : [دال يملك] .
(٤) في (ص) : [ويماثل] .
(٥) ساقطة من (ص) .
(٦) سورة المائدة : الآية ٣٨ .
(٧) في (م) : [يعمل] .

٢٨٩٥٠ - قلنا : المراد بيضة الحديد وقد تقدم .

٢٨٩٥١ - قالوا بالحجاز : لا يبلغ ذلك وأكثر الأحوال أن يحتمل اللفظ الأمرين فلا يعمل [١] أحدهما إلا بدليل .

٢٨٩٥٢ - فإن قيل : كيف يجوز أن يذكر هذا مثلا ليبين أنه يخاطر بيده في الشيء اليسير ويريد بذلك بيضة السلاح ، وليست مما لا يستحق ولا مما لا يستقل .

٢٨٩٥٣ - قلنا : هي قليلة بالإضافة إلى اليد غير مستكثرة بذلك ، وإنما خصها من بين السلاح لأن قيمتها كانت قيمة النصاب [٢] كما خص المجن بذلك من بين سائر السلاح .

٢٨٩٥٤ - قالوا : نوع مال فوجب أن يكون في سرقته [٣] ما يجب به القطع كسائر الأموال .

٢٨٩٥٥ - قلنا : إذا كانت الأغراض تختلف في أجناس الأموال كما تختلف في المقادير فإيجاب [٤] القطع في جميع الأموال كإيجابه في سائر المقادير وهذا لا يصح والمعنى في سائر الأموال أنها لا تملك بالأخذ في سائر دار الإسلام . بمعنى يعود إليها . فلم تقارن سرقتها شبهة وما اختلف [٥] فيه يملك بالأخذ وفي دار الإسلام بمعنى يعود إلى جنسه . فأشبه أخذ السارق الأخذ الذي يملك به فصار ذلك شبهة في سقوط الحد فيه .

٢٨٩٥٦ - قالوا : كل حق تعلق بالمال الذي ليس له أصل في الإباحة تعلق فيما له أصل في الإباحة : أصله الضمان وصحة التصرف .

٢٨٩٥٧ - قلنا : يبطل بالتمليك فإن الأخذ يملك به المال الذي أصله الإباحة ولا يملك به ما سواه في دار الإسلام . لأن وجوب الضمان أوسع بدلالة تعلقه بالقليل والكثير والأخذ مع الشبهة والقطع لا يتعلق بجميع ذلك فلم نستدل بوجوب الضمان على وجوب القطع .

٢٨٩٥٨ - قالوا : المال وجب في سرقته [٦] القطع صيانة له . وهذا المال يحتاج إلى صيانة لغيره . فإذا وجب القطع في سائر الأموال وجب في هذا .

٢٨٩٥٩ - قلنا : المصاحف [٧] وما دون النصاب تحتاج [٨] إلى صيانة وإن لم يجب

---

(١) في (م) : [يحمل] .
(٢) في (م) : [البيضات] .
(٣) في (م) : [سرق] .
(٤) في (م) : [وإيجاب] .
(٥) في (م) : [اختلفا] .
(٦) في (م) : [سرقة] .
(٧) غير واضحة في (ص) .
(٨) ساقطة من (م) .

به قطع كذلك هذا .

٢٨٩٦٠ - قالوا : المعتبر بصفة المال في الحال دون ما قبلها . بدلالة أن من [(١)] أباح لغيره ملكه فأخذه فلا شيء عليه . ولو رجع عن الإباحة ثم سرق وجب عليه القطع . ولو اضطر إليه وأخذه لم يقطع . ولو زالت الضرورة فأخذه قطع .

٢٨٩٦١ - قلنا : هذه الإباحة لم تتعلق بالمال بصفة تعود إليه . وإنما تعلقت بحق المالك أو بصفة عليها الأخذ فإذا زالت تغير [(٢)] الحكم . وفي مسألتنا تعلقت بالمال بجنسه وبمعنى يعود إليه . فإذا زالت الإباحة والجنس موجود فالشبهة باقية فلذلك لم يجب القطع .

٢٨٩٦٢ - قالوا : سرق نصابا مقدارًا من حرز مثله من غير شبهة كالساج .

٢٨٩٦٣ - قلنا : لا نسلم أنه نصاب لأن ذلك عندنا عبارة عن القدر [(٣)] والصفة . ولا نسلم أنها [لا شبهة] [(٤)] . لأن كونه مما لا [(٥)] يملك بالأخذ في دار الإسلام شبهة فيها كان [قصور في] [(٦)] ذلك الأخذ . والمعنى في الساج أنه لا يوجد مباحًا في دار الإسلام فلذلك رجب الحد بسرقته وليس كذلك هذا ؛ لأن جنسه يوجد مباحًا غير مرغوب فيه فلم يجب به قطع .

٢٨٩٦٤ - قالوا : مال وجب القطع في معموله [(٧)] كالذهب والفضة [(٨)] .

٢٨٩٦٥ - قلنا : لا نسلم أن الذهب والفضة يجب في غير معموله [(٩)] القطع . لأنها تؤخذ من معادنها حجارة أو [(١٠)] تراب فلا يجب بسرقتها قطع حتى تسبك وتخلص ، ولأن الخشب إذا عمل [أبوابا وآنية] [(١١)] فقد غلبت الصنعة على جنسه وصار [(١٢)] في حكم جنس آخر فلا تعتبر الإباحة في أصله .

---

(١) في (م) : [ما] .
(٢) في (م) : [بغير] .
(٣) في (م) : [القطع] .
(٤) في (م) : [الشبهة] .
(٥) ساقطة من (م) .
(٦) في (م) : [قصوره] .
(٧) في (ص) ، (م) : [معلومة] . وما أثبتناه من الحاوي (١٣٣/١٧) .
(٨) فتح العزيز (١٩٣/١١) ، الحاوي (١٣٣/١٧) .
(٩) في (ص) ، (م) : [معلومة] . وما أثبتناه من الحاوي (١٣٣/١٧) .
(١٠) ساقطة من (م) .
(١١) في (م) : [آنية وأواني] .
(١٢) في (م) : [وصار] .

٢٨٩٦٦ - فإن قيل : هذا يبطل بالبواري [1] فإن القطع لا يجب فيها مع وجود الصنعة .

٢٨٩٦٧ - قلنا : إن الصنعة التي في القصب لا تغلب على جنسه فلم تغير حكمه كما كان عليه في الأصل . والصنعة في الخشب غالبة فتخرجه من حكم جنسه فيقطع فيه يبين ذلك أنه لا يوجد مباحًا على هذه الصفة فصار في حكم جنس آخر .

* * *

(١) البواري : الحصير المنسوج ، واحدته الباري والبارياء ، وهو فارسي معرب . انظر : لسان العرب مادة (بري) .



[نقصان قيمة المسروق عن النصاب]

٢٨٩٦٨ - قال أصحابنا : إذا نقصت قيمة العين عن النصاب سقط القطع [١] .

٢٨٩٦٩ - وقال الشافعي : لا يسقط [٢] .

٢٨٩٧٠ - لنا : قوله ﷺ : « لا يقطع السارق إلا في ثمن المجن » . وهذا يمنع وجوب القطع إذا نقصت قيمته عنه . ولأنها صفة للعين المسروقة ، ولو كانت موجودة عند الأخذ لم يجب القطع بها . فإذا طرأت لم يجب القطع لأجلها . أصله : إذا شهد الشهود بملكها للسارق أو [٣] أقر بها المسروق منه [٤] للسارق . ولا يلزم إذا انهدم الحرز لأن ذلك ليس بصفة العين .

٢٨٩٧١ - ولا يلزم إذا شارك المسروق منه السارق بالدراهم المسروقة ، وخلط السارق بها مثلها وأذن كل واحد منهما للآخر [في التصرف] [٥] . لأن ذلك يسقط عندنا كما لو كان مشتركا في الابتداء .

٢٨٩٧٢ - فإن قيل : إذا أقر بها المسروق منه أو شهدت الشهود حكمنا أنه ملك السارق حال الأخذ ، وهذا المستحق ما حصل من نمائها فيما مضى . وذلك لأنا نجوز أن يكون المقر كاذبا ، ولا نعلم تقدم الملك . ولا يحكم للمقر له بالنماء الحاصل قبل الإقرار . ولأن في مسألتنا النقصان فالموجود في الابتداء . بدلالة سقوط الضمان فيه مع بقاء العين باتفاق . ولأنه حكم تعلق بأخذ مال فنقصان القيمة بعد الأخذ كالموجود في الابتداء أصله الضمان . ولأن ضمان المغصوب أقوى في الثبوت من القطع في المسروق .

---

(١) انظر : اللباب في شرح الكتاب صـ٢٦٤ - وتبيين الحقائق (٢٣٠/٣) . وفتح القدير (٤٠٧/٥) ، والبحر الرائق (٢٥٤/٥) والعناية شرح الهداية (٤٠٧/٥) . والبناية في شرح الهداية (٦٠٣/٥) ، مجمع الأنهر (٦٢٦/١) . والبحر الرائق (٧٠/٥) .

(٢) انظر . الأم (٣٧٠/٨) ، التنبيه صـ٢٤٥ ، وفتح العزيز شرح الوجيز (١٨٠/١١) ، والبيان (٤٥٩/١٢) . وهو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة . انظر : المدونة الكبرى (٥٣٩/٤) ، وحاشية الصاوي (٤٧٣/٤) . وكشاف القناع (١٣٢/٦) ، والمغني (١١٢/٩) .

(٣) في (م) : [و] .

(٤) في (م) : [فيه] .

(٥) في (م) : [للتصرف] .

لأن القطع يسقط بالشبهة والضمان لا يسقط بها ولأن القطع حق الله تعالى ، والضمان حق الآدمي [(١)] . وحقوق الآدميين أقوى في الثبوت . فإذا كان النقص الحادث كالموجود ابتداء في باب الضمان فلأن يكون كذلك في حكم القطع أولى . ولأنها إحدى حالتي وجوب القطع فوجب أن يعتبر فيها كمال القيمة أصله الابتداء . ولأنه نقص يعلم بالحرز والظن فجاز أن يمنع من وجوب القطع كالنقص في الابتداء . ولأنها حالة لو هلكت [(٢)] العين ضمنها فإذا نقصت قيمتها كالابتداء . ولأنها حالة لو أقر المسروق منه بالعين للسارق سقط القطع فنقصان القيمة يسقط أصله حال الابتداء ولأنه حكم يعتبر فيه النصاب فاعتبر كمال النصاب في طرفيه كالزكاة . ولأن القطع الثابت بالبينة يعتبر فيه صفة الشهود قبل الاستيفاء فسقط القطع كذلك تغير صفة العين يجوز أن يسقط القطع .

٢٨٩٧٣ - ولا يقال : إن الشهود إذا فسقوا أو ارتدوا قدح ذلك في عدالتهم عند الشهادة ، ولأن [(٣)] الفسق الطارئ لا يستند إلى حال سابقة ، وإنما تثبت أحكامه عند ظهوره . ولأن حد السرقة وضع لصيانة المال كما وضع حد القذف لصيانة الأعراض ، وكل واحد من الحدين لا يثبت إلا بخصم [(٤)] . ثم كان تغير صفات المقذوف قبل استيفاء الحد بأن يزني يمنع الاستيفاء كذلك تغير صفة العين المسروقة قبل الاستيفاء يجوز أن يؤثر في سقوط الحد .

٢٨٩٧٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [(٥)]

٢٨٩٧٥ - [قلنا : قد بيناه أن حقيقة الاسم] [(٦)] فيمن وجدت منه الملابسة ، وما سواه إنما يعمل عليه بالإجماع . [فمن دل الدليل بالإجماع] [(٧)] على تناول الآية له دخل فيها ، ومن لم يجمع على دخوله فيها لا يصح [الرجوع إليها في حكمه ، ولأن الآية تدل] [(٨)] على وجوب القطع ، وعندنا القطع وجب . والكلام هل يسقط بعد وجوبه أم لا ؟ .

٢٨٩٧٦ - فإن قالوا : إذا ثبت الوجوب لم يسقط إلا بدليل .

٢٨٩٧٧ - قلنا : هذا استصحاب العموم . وعندنا استصحاب الإجماع والعموم لا يصح .

---

(١) في (م) : [لآدمي] .
(٢) في (م) : [تملكت] .
(٣) في (م) : [لأن] .
(٤) في (م) : [لخصم] .
(٥) سورة المائدة : الآية ٣٨ .
(٦ - ٨) ما بين المعقوفين ساقط من (ص) .

٢٨٩٧٨ - قالوا : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « القطع في ربع دينار فصاعدا » .

٢٨٩٧٩ - قلنا : هذا دليل عليكم . لأنه يقتضي أنه لا يقطع في أقل من ذلك . وعندكم يقطع فيه .

٢٨٩٨٠ - قالوا : نقصان حادث بعد وجوب القطع فوجب أن لا يسقط أصله نقصان الأجزاء .

٢٨٩٨١ - قلنا : هذا موضوع فاسد . لأنه يقتضي أن يكون المؤثر في الحدود [ما يقارن ابتداء وهو بها دون ما يطرأ عليها . وقد اتفقنا أن الطارئ على الحدود] (١) قبل الاستيفاء كالموجود في الابتداء . بدلالة : ردة الشهود وفسقهم وبطلان إحصان المقذوف . ونقول بموجب العلة . لأن النقصان عندنا لا يسقط القطع حتى يكون نقصا بصفة ، وهو أن يكون النقص مسندا إلى حال الأخذ (٢) وهذا المعنى لا يوجد في نقصان الأجزاء . لأنها لا تستند إلى حال الأخذ بدلالة : سقوط الضمان فيه . ولأن الأجزاء الفائتة مضمونة في ذمة السارق فيقوم ضمانها مقامها فكأنها لم تنقص . ونقصان القيمة غير مضمون فيصير ما فات به (٣) كأن لم يكن . يبين الفرق بينهما أن المبيع (٤) إذا أتلف في يد البائع انفسخ العقد وإن أتلفه (٥) متلف لم ينفسخ حتى قامت القيمة مقام المبيع (٦) فكأنه باق بحاله .

٢٨٩٨٢ - فإن قيل : [نحن لا نسلم] (٧) بأن نقصان القيمة غير مضمون . لأن العين إذا أتلفت ضمن السارق ثمنها فاستويا (٨) .

٢٨٩٨٣ - قلنا : كلامنا مع بقاء العين والنقص هناك غير مضمون باتفاق .

٢٨٩٨٤ - قالوا : المال (٩) يضمن لأن الواجب رد العين وقد ردها .

٢٨٩٨٥ - قلنا : نحن (١٠) استدللنا لسقوط الضمان فذكرتم علة ذلك وهذا يؤكد كلامنا .

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .
(٢) ساقطة من (ص) .
(٣) ساقطة من (ص) .
(٤) في (م) : [الممتنع] .
(٥) في (م) : [أتلف] .
(٦) في (م) : [الممتنع] .
(٧) ما بين المكوفتين مطموس في (ص) .
(٨) في (ص) ، (م) : [أمر ما كانت] وما أثبتناه من الحاوي (١٦٨/١٧) .
(٩) في (م) : [إنما لا] .
(١٠) ساقط من (ص) .

٢٨٩٨٦ - قالوا : عندكم السارق لا ضمان عليه . فكيف يصح قولكم إن الأجزاء مضمونة في ذمة السارق .

٢٨٩٨٧ - قلنا : يجب عليه الضمان ويسقط عنه بالقطع .

٢٨٩٨٨ - قالوا : فإذا نقصت العين المسروقة ثم هلكت فقد ضمن السارق قيمتها يوم الأخذ ولا قطع عندكم .

٢٨٩٨٩ - قلنا : يسقط القطع بنقصان القيمة بعد الهلاك فلا يعود إلا بتجديد سرقة أخرى .

٢٨٩٩٠ - قالوا : إذا نقصت الأجزاء فقد ثبت ضمانها في الذمة . وهذا المعنى في الابتداء يمنع وجوب القطع . بدلالة من دخل الحرز فشق الثوب حتى نقصت قيمته [١] . عن النصاب ثم أخرجه .

٢٨٩٩١ - قلنا : هناك لا يفصل بين نصاب كامل وبين الحرز فلم يجب القطع . وإذا نقص بعد الإخراج فقد ثبت الأجزاء في الذمة بعد وجود الفصل بينها [٢] وبين الحرز . فلذلك اختلف الابتداء والبقاء .

٢٨٩٩٢ - قالوا : قدر النصاب إذا اختلف فيه حال الوجوب وحال الأخذ فالمعتبر بحال الأخذ أصله إذا أخذه وقيمته أقل من قدر النصاب ثم زادت قيمته .

٢٨٩٩٣ - قلنا : هناك الطارئ موجب وفي مسألتنا الطارئ مسقط [٣] ، وفرق الأصول بينهما [٤] . بدلالة أن الحرية إذا طرأت بعد الزنا لم يكمل الحد ، وتغير [٥] إحصان المقذوف يسقط الحد ، فعلم أن الطارئ إذا أسقط الحد اعتبر ، ولو أوجب الحد أو غلظه لم يعتبر .

٢٨٩٩٤ - قالوا : المعتبر في الحدود بحال الوجوب . بدلالة من زنى وهو بكر ثم أحصن ، أو أعتق وقد زنى وهو عبد . وبدلالة زيادة قيمة المسروق . ولو خرب الحرز أو

---

(١) ذكر الناسخ في (ص) و (م) بين قوله : (حتى نقصت قيمته) وبين قوله (عن النصاب) أدلة من السنة ومن غيرها متعلقة بالمسألة التالية -هبة المسروق منه العين للسارق- ولا تعلق لها بمسألة نقصان قيمة المسروق عن النصاب . ولذا فقد قمت بنقلها إلى المسألة التالية في موضعها وواقع النص شاهد لذلك . إذ وقع ذلك سهوًا من الناسخ أدركه وأشار إليه كما هو واضح في المسألة التالية .

(٢) في (م) : [بينهما] .

(٣) في (م) : [يسقط] .

(٤) في (م) : [بينها] .

(٥) في (م) : [ولغير] .

ملكه السارق لم يسقط الحد ، وكذلك إذا شارك في المال .

٢٨٩٩٥ - قلنا : قد بينا أن الطارئ إذا كان يوجب ما لم يكن واجبًا لا اعتبار به . لأن الشبهة مؤثرة في الحدود . فيصير الطارئ المسقط كالموجود ابتداء كسائر [الشبه] [١] . فأما في التأكيد فلا . وأما خراب الحرز فلا يمنع القطع [٢] ابتداء . بدلالة أن السارق ينقب [٣] البيت فيخرج الحرز أن يكون حرزا ويجب عليه بالأخذ القطع . ولو سرق سارق من الحرز الخرب وهناك حافظ وجب عليه القطع وأما ملكه للحرز فلا يمنع وجوب القطع . لأن المؤجر إذا سرق من الدار المستأجرة قطع مع ملكه للحرز وأما الشركة في المال المسروق فيقسط القطع [٤] . فإن ألزموا من سرق [٥] من حرة [٦] فتزوجها [٧] أو بأمة فاشتراها .

٢٨٩٩٦ - قلنا : يسقط الحد في إحدى الروايتين وعلى الرواية الأخرى : الحد لم يتعلق بالعين ، وإنما [٨] وجب باستيفاء المنفعة ، ولم يطرأ على المنفعة المستوفاة ملك . لأنها عدمت ، وإنما ملكت منفعة مستقبلة لم يتعلق التعليل لوجوب القطع ابتداء .

٢٨٩٩٧ - فعندنا وجب القطع وجوبا مراعى ثم سقط وإن كان التعليل للمنع من سقوطه انتقض بما لو أقر المسروق منه بالعين للسارق . والمعنى في الأصل أن العين بحالها لم يطرأ عليها ما يغير [٩] حالها وهي وجوب القطع وفي [مسألتنا طرأ على العين ما لو كان موجودا في الابتداء منع وجوب القطع] [١٠] فإذا طرأ منع استيفاء القطع فيها .

٢٨٩٩٨ - قلنا : لو هلك الشهود بعد أداء الشهادة [١١] لم يسقط الحد . ولو تغيرت صفتهم بالردة أو الرجوع إذ المعنى فيه [١٢] يسقط الحد .

* * *

(١) في (م) : [الشبهة] .
(٢) في (م) : [القاطع] .
(٣) في (م) : [يعقب] .
(٤) ما بين المعقوفتين ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش ولكنها مطموسة وأثبتناها ليستقيم السياق بها .
(٥) ساقطة من صلب (ص) . ومستدركة من الهامش .
(٦) في (ص) ، (م) : [بحرة] وما أثبتناه هو الصواب .
(٧) في (ص) : [فتزوجها] .
(٨) في (م) : [فإنما] .
(٩) في (م) : [يعتبر] .
(١٠) ساقطة من (ص) .
(١١) في (م) : [لشهادة] .
(١٢) ساقط من (م) .

مسألة ١٤٤٠

[هبة المسروق منه العين للسارق]

٢٨٩٩٩ - قال أبو حنيفة ومحمد : إذا وهب المسروق منه [١] العين للسارق سقط القطع [٢] .

٢٩٠٠٠ - وقال أبو يوسف : لا يسقط القطع [٣] . وبه قال الشافعي [٤] .

٢٩٠٠١ - لنا : أن الهبة مع القبض سبب للملك في العين المسروقة فوجب أن يسقط القطع أصله : إذا أقر بالعين أو قامت البينة أنها للسارق .

٢٩٠٠٢ - فإن قيل : هناك تبين أن القطع لم يجب .

٢٩٠٠٣ - قلنا : لم نسلم ذلك لجواز أن يكون المقر كذب في إقراره . ولأنه حد تعلق بهتك حرمة عين بصفة [فتغير] [٥] الصفة قبل استيفاء الحد يسقط أصله إذا زال إحصان المقذوف [٦] ولأن الأخذ يتعلق به حكمان : وجوب القطع والرد . ثم سقط أحد الحكمين بالهبة والقبض كذلك الآخر . ولأن السبب الذي وجبت العقوبة لأجله انتقل الملك فيه إلى من وجبت العقوبة عليه فصار كالقبض منه كما إذا ورث من وجب له القصاص .

٢٩٠٠٤ - وهذه المسألة مبنية على أن الطارئ على الحدود قبل الاستيفاء بمنزلة الموجود في الابتداء . بدلالة ردة [٧] الشهود وفسقهم .

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) انظر : تبيين الحقائق (٢٢٩/٣) ، والجوهرة النيرة (١٧١/٢) .

(٣) انظر الاختيار (١٧٥/٤) ، والعناية شرح الهداية (٤٠٦/٥) ، وفتح القدير (٤٠٦/٥) ، والمبسوط (١٨٦/٩) .

(٤) انظر : الأم (١٦٠/٦) ، وحاشية الجمل (١٥٠/٥) ، والمهذب (٢٨٢/٢) . وفتح العزيز (١٨٠/١١) والبيان (٤٨١/١٢) ومغني المحتاج (٤٧٠/٥) . وذهب المالكية إلى أن القطع لا يسقط بعد وجوبه سواء وهبه إياه قبل الترافع أو بعده . المنتقى (١٦٤/٧) - وقيده بعضهم بما إذا وهبه له المسروق منه بعد أن بلغ الإمام وإلا فلا قطع . وهو مذهب الحنابلة إن كان التمليك بعد الترافع . المغني (١١٢/٩) والصحيح عندهم إن كان قبل الترافع . وجزم به جماعة . الإنصاف (٢٦٥/١٠) .

(٥) في (ص) و (م) : [فتعتبر] ، وما أثبتناه هو الصواب .

(٦) استدرك الناسخ بعد لفظة : [المقذوف] كلاما مطموسا بهامش (ص) وهو ساقط من (م) والمعنى تام بدونه .

(٧) ساقطة من (م) .

٢٩٠٠٥ - وقد ألزموا على هذا رد العين بعد القضاء بالقطع [أو أذن المالك في إمساكها .

٢٩٠٠٦ - قلنا : هذه المعاني إذا وجدت قبل القضاء منعت المطالبة ، وهي غير معتبرة بعد القضاء بالقطع] (١) فكذلك (٢) لم يمتنع القطع .

٢٩٠٠٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا ﴾ (٣) .

٢٩٠٠٨ - قلنا : [قد بينا] (٤) أن حقيقة اسم السارق حال الملابسة وما بعدها يسمى من طريق الشرع على وجه الذم ولا نسلم أنه إذا وهب له المال يتناوله الاسم .

٢٩٠٠٩ - قالوا : روي أنه ﷺ قال : « لا يقطع السارق إلا في ربع دينار » .

٢٩٠١٠ - قلنا : هذا يقتضي وجوب القطع بالأخذ وقد اتفقنا على ذلك . والكلام هل يسقط القطع بعد وجوبه أو لم يسقط ، وليس في الخبر دلالة على ذلك .

٢٩٠١١ - قالوا : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « تعافوا الحدود فيما بينكم فما بلغني منها فقد وجب » (٥) .

٢٩٠١٢ - قلنا : الحد وجب ثم سقط بالتمليك ، وليس في الخبر ما يمنع السقوط .

٢٩٠١٣ - قالوا : روى مالك (٦) عن ابن شهاب عن صفوان بن عبد الله أن صفوان ابن أمية قيل له : إن من لم يهاجر هلك . فقدم صفوان بن أمية المدينة فنام في المسجد وتوسد رداءه . فجاء سارق فأخذ رداءه . فأخذ صفوان السارق فجاء به إلى النبي ﷺ فأمر به (٧) ﷺ أن تقطع يده . فقال صفوان : إني لم أرد هذا هو عليه صدقة . فقال ﷺ : « هلا » (٨) قبل أن تأتيني به ، ! » (٩) .

٢٩٠١٤ - الجواب : أن (١٠) حديث الموطأ مرسل . لأن صفوان بن عبد الله لم ، يسمع من صفوان بن أمية . وقد ذكر الطحاوي الحديث عن عطاء عن صفوان بن

---

(١) ساقطة من (م) . (٢) في (م) : [كذلك] .
(٣) سورة المائدة : الآية ٣٨ . (٤) في (م) : [وهنا] .
(٥) أخرجه أبو داود في سننه (١٤٤/٤) رقم ٤٣٧٦ ، والنسائي في سننه (٧٠/٨) برقم ٤٨٨٥ .
(٦) من أول قوله : [عن ابن شهاب] هو بداية ما ذكر في المسألة السابقة ، وقد قمنا بنقله إلى مسألة : [هبة المسروق منه العين للسارق] كما ذكرنا قبل .
(٧) ساقطة من (م) . (٨) في (م) : [لا] .
(٩) أخرجه مالك في الموطأ (٨٣٤/٢) برقم ١٥٢٤ .
(١٠) في (م) : [لنا] .

أمية [١] وعمرو بن دينار أن صفوان بن أمية [٢] وذكر فيه أن النبي ﷺ أمر بقطعه . فقال : يا رسول الله لا تقطعه . فقال ﷺ : « فهلا قبل أن تأتيني به » .

٢٩٠١٥ - وذكر عن حميد ابن أخت صفوان ، وذكر القصة . وقال [٣] : أنا أبيعه وأنسئه منه . فقال : « هلا قبل أن تأتيني به » [٤] .

٢٩٠١٦ - وذكر عن يوسف بن ماهك [٥] « أن عبدا لبعض أهل المدينة سرق رداء صفوان فانطلق به صفوان إلى النبي ﷺ فأمر بقطعه . فقال : يا رسول الله تقطعه من أجل ثوبي خل عنه . قال : « أفلا قبل أن تأتيني به » [٦] . فأمر فقطع [٧] .

٢٩٠١٧ - ولم يذكر أنه ﷺ قطع ذلك السارق إلا في هذا الحديث . وفي حديث ابن عباس قال : أمر به رسول الله ﷺ فقطع . فقال صفوان : في هذا تقطع ، فقال : « هلا قبل أن يأتيني » [٨] .

٢٩٠١٨ - وإذا اختلفت ألفاظ وأصل الخبر واحد [٩] ، ومعانيها غير متفقة وجب التوقف حتى يعلم أصل الخبر . ولو ثبت أن أصل الخبر : هبة العين منه لم يدل . لأنه ليس فيه أنه أقبضه إياها ، ومجرد الهبة لا يسقط القطع حتى يقبل السارق ويقبض فيملك العين ويسقط القطع ملكه [١٠] إياها .

٢٩٠١٩ - فإن قيل : قوله : « هلا قبل أن تأتيني [١١] به » يدل على أنه وجد معنى لو [١٢] تقدم أسقط القطع . والهبة من غير قبض لو حصلت قبل الدفع لم يسقط .

---

(١) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار (٣/١٥٩ - ١٦٠) .
(٢) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار (٣/١٦٠ - ١٦١) .
(٣) ساقطة من (ص) .
(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٤/١٣٨) برقم ٤٣٩٤ .
(٥) في (م) : [بأهل] . وهو : يوسف بن ماهك الفارسي المكي . روى عن أبيه وعائشة وأبي هريرة . وروى عنه أيوب وحميد . وهو ثقة توفي سنة ثلاث عشرة ومائة . انظر : الكاشف (٢/٤٠٠) ، والتعديل والجرح (٣/١٢٣٨) .
(٦) في (م) : [يأتيني] .
(٧) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥/٤٨٣) برقم ٢٨١٨٤ .
(٨) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٨/٤٧) برقم ٧٣٢٦ .
(٩) في (م) : [أحدهما] .
(١٠) في (م) : [بملكه] .
(١١) في (م) : [يأتيني] .
(١٢) في (ص) و (ص) : [له] ، وما أثبتناه هو الصواب .

٢٩٠٢٠ - قلنا : ليس كذلك ؛ لأنه إذا وهب العين قبل المرافعة لم يملكها وسقط القطع لأنه ترك المطالبة وبعد المرافعة إذا وهب ولم يقبض فترك المطالبة لا يؤثر وإنما المؤثر الملك وذلك لم يوجد .

٢٩٠٢١ - فإن قيل : لو كان القبض يسقط القطع لأمره النبي ﷺ بذلك ليتوصل به إلى إسقاطه كما قال : « [أسرقت ؟ قل] [١] : لا » [٢] ولكان يبين له ما يسقط القطع بفعله .

٢٩٠٢٢ - قلنا : النبي ﷺ قبل ثبوت الحق يتوصل إلى إسقاطه بتلقين الرجوع . فأما بعد ثبوته فلا يلزمه ذلك . فلهذا لم يأمره بقبض الموهوب . يبين ذلك أنه قال لماعز : « لعلك لمست » ولم يقل له بعد تكامل الإقرار : إن رجعت عن إقرارك لم تحد .

٢٩٠٢٣ - فإن قيل : النبي [ﷺ] [٣] قال : « هلا قبل أن تأتيني [٤] به » ولم يقل : إنه لم يملك .

٢٩٠٢٤ - قلنا : الحكم معلل بعلتين إن وهب قبل المرافعة ولم يقبض لم يجب حد لعدوله عن المطالبة . ولو وهب من بعد وأقبض سقط القطع . وذكر إحدى علتي الحكم و [٥] سكت عن الأخرى .

٢٩٠٢٥ - قالوا : معنى حادث بعد وجوب القطع لا يؤثر في حال وجوبه فوجب أن لا يسقط مع بقاء محله قياسا على رد العين وتلفها وخراب الحرز وموت الشهود .

٢٩٠٢٦ - قلنا : يبطل بالقطع قصاصًا إذا عفي من له القصاص ، ويبطل بردة الشهود وفسقهم على ما قررناه في رد العين أنه لا يمنع وجوب القطع ابتداء فلا يمنع بعد الهبة بمنع ابتداء القطع فيجوز أن يؤثر في البقاء .

٢٩٠٢٧ - فإن قيل : الرد قبل الترافع يسقط القطع ولا يمنع ابتداء وجوبه .

٢٩٠٢٨ - قلنا : هناك الرد لا يسقط وإنما يسقط القطع بسقوط الخصومة . والمعنى في هلاك العين أنه يحقق ضمانها فلم يسقط الحكم المعلق بأخذها والرد يسقط الضمان

---

(١) في (م) : [أسرق . قيل] .
(٢) أخرجه أبو داود في سننه ١٣٤/٤ رقم (٤٣٨٠) ، وابن ماجة في سننه (٨٦٦/٢) رقم (٢٥٩٧) .
(٣) ساقطة من (م) .
(٤) في (م) : [يأتيني] .
(٥) ساقطة من (م) .

المعلق بالأخذ فجاز أن يسقط القطع . وأما خراب الحرز فلا يمنع ابتداء القطع . وأما موت الشهود فلا يؤثر في عدالتهم فلم يتغير [١] الحق المعلق بشهادتهم . والهبة تسقط حكم الأخذ من وجوب الرد والضمان فيسقط الحكم المعلق به من القطع [٢] .

٢٩٠٢٩ - قالوا : معنى حادث في المسروق بعد ثبوت القطع فوجب أن لا يسقطه كما ذكرنا .

٢٩٠٣٠ - قلنا : يبطل إذا شهد الشهود بملك العين للسارق ، وإذا أقر بها له المسروق منه .

٢٩٠٣١ - قالوا : [معنى طرأ بعد ثبوت القطع في غير محله فلا يبطل بفسق الشهود .

٢٩٠٣٢ - فإن قالوا] [٣] تبين أن الحد لم يجب .

٢٩٠٣٣ - قلنا : غلط . لأن الفسق الطارئ لا يستصحب فيما مضى وإنما يستصحب في المستقبل .

٢٩٠٣٤ - قالوا : الهبة والبيع معنى يسقط المطالبة بالمسروق أو بوجوب البراءة منه فوجب أن لا يسقط القطع أصله رد العين بعد الحكم .

٢٩٠٣٥ - قلنا : يبطل إذا أقر له [٤] بالعين . فإن قالوا : هناك يتبين أن العين ليست مسروقة .

٢٩٠٣٦ - قلنا : يجوز أن يكون المقر كاذبا فلا نعلم أنه لم يسرق . ولأن الهبة [في العين] [٥] معنى تملك به العين فلا يقطع بملك نفسه كما لا يجب فيه القطع ابتداء . وأما الرد فيزيل اليد ويسقط المطالبة . ونفي اليد غير معتبرة في وجوب القطع بدلالة إذا هلكت العين . والمطالبة تعتبر عند الخصومة فسقوطها بعد المطالبة لا يؤثر .

---

(١) في (ص) و (م) : [نعتبر] وما أثبتناه هو الصواب .

(٢) في (م) : [القاطع] .

(٣) ما بين المكوفتين ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٤) إلى هنا ينتهي ما قمنا بنقله من مسألة (نقصان قيمة المسروق عن النصاب) إلى مسألة (هبة المسروق منه العين للسارق) . ويؤيد ذلك أن الناسخ رحمه الله ذكر في (ص) بعد قوله (إذا أقر له) كلمة - من تقدم تفيد ذلك . وفوق لفظة (مالك) وضع علامة تفيد ذلك .

(٥) في (م) : [والعين] .

٢٩٠٣٧ – قالوا : حد وجب بإيقاع فعل في العين . [فإذا ملكها] [١] لم يسقط الحد عنه أصله إذا زنى بامرأة ثم تزوجها أو بأمة ثم ملكها .

٢٩٠٣٨ – قلنا : يسقط الحد في إحدى الروايتين عندنا فالأصل غير مسلم ، ولو سلمنا فالحد وجب في استيفاء المنفعة لا في العين ، ولم يملك ملك المنفعة بل عدمت . وفي مسألتنا وجب الحد بأخذ العين . ولذلك [٢] حصل في العين فلم يجب عليه [٣] الحد في عين بقي على ملكه .

* * *

(١) في (م) : [باد مالها] .

(٢) في (م) : [كذلك] .

(٣) ساقط من (ص) .

مسألة ١٤٤١

[سرقة المصحف والكتب]

٢٩٠٣٩ - قال أبو حنيفة ومحمد : إذا سرق مصحفا لم يقطع وكذلك دفاتر العلم والأدب [١] .

٢٩٠٤٠ - وقال الشافعي : يجب فيها القطع [٢] .

٢٩٠٤١ - لنا : أن المقصود منه القرآن وجميع الناس يتساوون [في ذلك] [٣] فصار كمال بيت المال .

٢٩٠٤٢ - ولأنه مختلف في جواز بيعه . لأن ابن عمر وشريحًا قالا : لا يجوز بيع المصاحف [٤] . ومن منع بيعها أخرجها أن تكون مالًا .وما اختلف في كونه مالا [لم يجب] [٥] بسرقته القطع كخمر الذمي [ونبيذ المسلم] .

٢٩٠٤٣ - فإن قيل : بأواني العاج والجلود المدبوغة [يقطع قبل العمل فيه ، ويقطع فيه بعد عمله وإحداث صنعة فيه] .

٢٩٠٤٤ - قلنا : إذا قال في العاج المعمول إنه يقطع فيه . لأنه لم يعرف في العادة وما أذن في أخذه للقراءة فيه في العادة ، وما أذن في أخذه للعادة كالحرز المأذون في دخوله من جهة الآدمي بالعادة . فإذا كان السارق من الحمامات وخانات التجار المأذون في دخولها لا يقطع كذلك هاهنا .

٢٩٠٤٥ - ولأن المقصود من العين ليس بمال ، وللأخذ شبهة في أخذها .

٢٩٠٤٦ - لأنه يأخذها ليتلقن منها عند الحاجة فصار كالملاهي التي المقصود منها

---

(١) انظر : البحر الرائق (٥٨/٥) ، والمبسوط (١٥٣/٩) ، وتبيين الحقائق (٢١٧/٣) . وهو مذهب الحنابلة . انظر : شرح منتهى الإرادات (٣٦٨/٣) ، ومطالب أولي النهى (٢٣٠/٦) ، والمغني (٩٨/٩) والبحر الرائق (٥٩/٥) ، وبدائع الصنائع (٦٨/٧) .

(٢) انظر : الأم (٣٧٠/٨) ، والأحكام السلطانية ص ٢٨٢ ، حاشية البجيرمي على الخطيب (٢٠٢/٤) ، وأسنى المطالب (١٤٠/٤) وتحفة المحتاج (١٣٢/٩) . وهو مذهب المالكية والظاهرية . انظر : المدونة الكبرى (٥٣٦/٤) ، والمحلى (٣٢٥/١٢) .

(٣) في (م) : [فيه] .

(٤) انظر : البيهقي في السنن الكبرى (١٦/٦) برقم ١٠٨٥١ ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٢٨٧/٤) برقم ٢٠٢٠٩ ، ٢٠٢١٤ .

(٥) في (م) : [لا يجوز لم يجب] .

اللّهو وليس بمال . وللآخذ شبهة في أخذها ليكسرها ثم لم يجب بسرقة الملاهي القطع كذلك المصاحف .

٢٩٠٤٧ - فإن قيل : المصاحف مال في نفسها وجهة الانتفاع ليست بمال كما أن الثياب مال وجهة الانتفاع بها لبسها وليس بمال .

٢٩٠٤٨ - قلنا : هذا غلط . لأنا قلنا : إن المقصود من المصحف غير مقوم واللبس من الثياب معنى مقوم . والقراءة من المصحف غير مقوم .

٢٩٠٤٩ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [1] . وبقوله ﷺ : « القطع في ربع دينار » معناه ما قيمته [ربع دينار] .

٢٩٠٥٠ - قلنا : أما الآية فقد أريد بها سارق مال مقدر من غير شبهة ، وهنا ليس بمال عندنا .

٢٩٠٥١ - والشبهة ممكنة فيه . وأما الخبر فيقتضي وجوب المال ، وغيره لا يتناوله الظاهر .

٢٩٠٥٢ - قالوا : نوع مال فجاز القطع فيه كسائر الأموال .

٢٩٠٥٣ - قلنا : المقصود منه إذا لم يكن مالا لم يعتبر بالمال كسرقة الصبي الحر وعليه ثياب . والمعنى في سائر الأموال أنه لا شبهة للسارق في أخذها ، وله في أخذ المصحف شبهة فلا يتعلق بأخذه القطع كسائر الأموال التي في أخذها شبهة .

٢٩٠٥٤ - قالوا : إذا لم تكن مكتوبة وجب فيها القطع فالكتب [2] زيادة فيها فأولى أن يجب فيها القطع كالثوب إذا قصر .

٢٩٠٥٥ - قلنا : يبطل بالقلادة إذا سرقها قطع . ولو كانت على كلب فسرقها لم يقطع ، والثياب إذا سرقها قطع . وإذا كانت على صبي فسرقه لم يقطع والإناء إذا سرقه قطع وإذا كان فيه خمر فسرقهما لم يقطع لذلك في مسألتنا الكاغد [3] المقصود منه المال فيقطع . فإذا كتب صار المقصود غير المال فلم يجب فيه القطع .

٢٩٠٥٦ - قالوا : القطع صيانة [4] للأموال وقطعًا لطمع السراق [5] والمصاحف

---

(١) سورة المائدة : الآية ٣٨ .
(٢) في (م) : [كالكتب] .
(٣) الكاغد : بفتح الغين وبالدال المهملة . وربما قيل بالذال المعجمة وهو معرب ؛ وهو الورق . المصباح المنير . مادة (كغد) .
(٤) في (م) : [جناية] .
(٥) في (م) : [السارق] .

تحتاج إلى صيانة .

٢٩٠٥٧ - قلنا : لم تجر العادة في المصاحف أن تمنع ممن يروم القراءة فيها والانتفاع بها فلم تفتقر إلى الزجر عن أخذها .

٢٩٠٥٨ - قالوا : لو سرق دفاتر الحساب قطع كذلك إذا سرق كتب الأدب قطع .

٢٩٠٥٩ - قلنا : دفاتر الحساب لا يقصد السارق ما فيها ، وإنما المقصود كاغدها وهو مال . وأما سائر الدفاتر فإن المقصود ما فيها دونها ، وليس ذلك بمال .

* * *


مسألة ١٤٤٢

[سرقة ستارة الكعبة]

٢٩٠٦٠ - قال أصحابنا : إذا سرقت ستارة الكعبة لم يقطع [١] .

٢٩٠٦١ - وقال الشافعي : يقطع [٢] .

٢٩٠٦٢ - لنا : أنه ليس لها مالك من الآدميين معين فلم يقطع فيها كمال بيت المال . ولأنها أذن نفعها [٣] في دخولها ، فالسارق لماله فيها لا يقطع كالحرز وإذا أذن في دخوله .

٢٩٠٦٣ - احتجوا : بما روي أن رجلا سرق قطيفة [٤] من منبر النبي ﷺ فقطعه عثمان [٥] .

٢٩٠٦٤ - قلنا : يجوز أن يكون مالكها عندها ، ولم تكن كسوة للمنبر . قال الشافعي : تعليق الستارة إحرازها ، ومن سرق نصابا من حرز مثله قطع .

٢٩٠٦٥ - قلنا : لا نسلم أنها تعلق لحفظها وإحرازها . ولو سلمنا فهي محرزة [ولكن لها مالك من الآدميين معين . ولو كانت مملوكة محرزة] [٦] فالحرز مأذون في دخوله من جهة مالكه ، والأخذ فيه شبهة على ما بينا .

* * *

---

(١) انظر : فتح القدير (٣٦٩/٥) ، ودرر الحكام (٨٠/٢) والبحر الرائق (٥٥/٥) . وهو مذهب المالكية . انظر : مواهب الجليل (٣١٢/٦) . وهو إحدى الروايتين عند الحنابلة ، وهو ظاهر المذهب . انظر : الفروع (١٣٢/٦) ، والمغني (١٠١/٩) .

(٢) انظر : الأحكام السلطانية صـ٢٨٢ ، والتنبيه ص ٢٤٦ ، ونهاية المحتاج (٤٤٦/٧) ، وأسنى المطالب (١٤٠/٤) ، وشرح البهجة (٩٦/٥) ، وحاشيتي قليوبي وعميرة (١٩٠/٤) ، وحاشية البجيرمي على الخطيب (٢١٩/٤) ، روضة الطالبين (١١٨/١٠) . وهو مذهب المالكية في سرقة ستارتها الظاهرة . انظر : مواهب الجليل (٣١٢/٦) .

(٣) غير واضحة في (ص) .

(٤) في (ص) . (م) : [قطعة] وما أثبتناه من الحاوي (١٧٥/١٧) .

(٥) قال ابن حجر : لم أجده . انظر : تلخيص الحبير (٦٩/٤) برقم ١٧٨٤ .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .



مسألة ١٤٤٣

[سرقة المؤجر من الدار التي أجرها]

٢٩٠٦٦ - قال أبو حنيفة : إذا سرق المؤجر من الدار المؤجرة قطع [1] .

٢٩٠٦٧ - وقالا : لا يقطع [2]

٢٩٠٦٨ - لنا : أن المستأجر أخص بالحرز [3] من المؤجر . بدلالة أنه يمنعه [4] من الدخول إليه [5] فصار كالسارق من ملك غيره . ولأن ثبوت حق [6] السارق في النفقة لا يمنع وجوب القطع كمن سرق مالا من مسجد وعنده [7] حافظة . ولأن حق السارق في المسجد أقوى من حقه في الدار التي [8] أجرها . لأن صاحب المال لا يملك أن يمنع السارق من دخول المسجد . والمستأجر يملك منع المؤجر من دخول داره . فإذا وجب القطع على السارق من المسجد فهذا أولى .

٢٩٠٦٩ - لهما : أن الحرز ملكه فلم يجب بالسرقة منه قطع كسرقته بالسرقة .

* * *

(١) انظر : الجوهرة النيرة (١٦٨/٢) ، ومجمع الأنهر (٦٢١/١) ، والمبسوط (١٨٠/٩) ، وبدائع الصنائع (٥٧/٧) . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : التاج المذهب لأحكام المذهب (٢٤٦/٤) ، وشرح منتهى الإرادات (٣٧٧/٣) ، ومطالب أولي النهى (٢٤٤/٦) . وهو مذهب الشافعية أيضًا . انظر : حاشية الجمل (١٤٧/٥) ، وحاشيتي قليوبي وعميرة (١٩٤/٤) . ومغني المحتاج (٤٧٢/٥) .

(٢) انظر : المبسوط (١٨٠/٩) ، وبدائع الصنائع (٥٧/٧) ، والجوهرة النيرة (١٦٨/٢) .

(٣) في (م) : [في الحرز] .

(٤) في (م) : [منعه] .

(٥ ، ٦) ساقطة من (م) .

(٧) في (م) : [عبده] .

(٨) في (م) : [الذي] .

مسألة ١٤٤٤

[هل على النباش قطع أم لا]

٢٩٠٧٠ - قال أبو حنيفة ومحمد : النباش [١] لا يقطع [٢] .

٢٩٠٧١ - وقال أبو يوسف : يقطع [٣] . وبه قال الشافعي [٤] .

٢٩٠٧٢ - والكلام في هذه المسألة يقع في مواضع : أحدها : أنه لا يسمى سارقا . والدليل عليه : أنهم خصوه باسم فقالوا : نباش . وطريق التفريق في الأسماء أن ينفرد كل فعل باسم . فدل [٥] ذلك أن كل واحد من الأمرين لا يسمى باسم الآخر إلا أن يدل دليل الاشتراك . ولأن أهل المدينة يسمونه مختفى ، ولا يسمون السارق بذلك ، ولأن السارق عندهم من أخذ الشيء مستخفيا . ولهذا يقولون سارق النظر . وهذا لا يكون إلا فيما أخذ وهو محفوظ وهذا لا يوجد في الكفن .

٢٩٠٧٣ - فإن قيل : روي عن عائشة أنها قالت : « كيف يقطع سارق أحيائنا ولا يقطع سارق موتانا » [٦] .

٢٩٠٧٤ - قلنا : هذا محمول على سارق مال الميت ، ولو ثبت أنها قالت [٧] ذلك في الكفن بيانا للاسم وإنما هو بيان للحكم . لأنهم لا يعلمون الأسماء . فكأنها قالت : حكمه حكم السارق .

---

(١) النباش لغة : يقال نبش الشيء ينبشه نبشا ؛ استخرجه بعد الدفن . ونبش الموتى استخراجهم . والنباش : الفاعل لذلك . لسان العرب مادة (نبش) (٣٥٠/٦) . واصطلاحا . هو الذي يسرق أكفان الموتى بعد الدفن . انظر فتح القدير (٣٧٤/٥) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٧٦/٧) ، والبحر الرائق (٦٠/٥) وغنية ذوي الأحكام (٨٠/٢) - وهو رواية عن الإمام أحمد . انظر : الإنصاف (٢٧٢/١٠) .

(٣) انظر : العناية (٣٧٤/٥) ، وتبيين الحقائق (٢١٧/٣) . والاختيار (١٧١/٤) .

(٤) انظر : الأم (١٦١/٦) ، والأحكام السلطانية صـ٢٨٣ . وتحفة المحتاج (١٤١/٩) . وفتح العزيز (٢٠٤/١١ - ٢٠٥) . وهو مذهب المالكية والحنابلة والظاهرية . انظر : الفواكه الدواني (٢١٥/٢) ، التاج والإكليل (٤١٩/٨) . والإنصاف (٢٧٢/١٠) . والمحلى (٣١٥/١٢) .

(٥) في (م) : [قال] .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥٢٣/٥) برقم ٢٩١٥ .

(٧) في (م) : [فدلت] .

٢٩٠٧٥ - فإن قيل : تسميته نباشا لا ينفي اسم السارق ، وإنما هذا نوع من السرقة تقولهم نقاب .

٢٩٠٧٦ - قلنا : الظاهر من إفراد الفعل باسم أنه لا يشارك غيره في اسمه . فإذا ثبت الاشتراك في موضع فهو خلاف الظاهر . وإذا ثبت أن اسم السارق لا يتناوله ، والحد [في السارق] [١] ورد في السارق فلا يجوز نقله إلى غيره بالقياس .

٢٩٠٧٧ - الفصل الثاني : أن الكفن ليس بمملوك لأنه لا يخلو إما أن يكون ملكا للميت أو للوارث . و [٢] لا يجوز أن يكون ملكا للميت . لأن الموت ينافي الإملاك ولأنه يمنع البقاء على الملك فأولى أن يمنع الابتداء . ولأنه ينفي ملك منفعة البضع ، وملكها أوسع من ملك المال . بدلالة أن العبد يملكها ولا يملك المال فكان نفي ملك المال أولى . ولا يجوز أن يكون ملكا للوارث . لأنه يستحق عليه فإذا نقده لم يكن على ملكه كالدين والوصية . ولأن الوارث عند مخالفنا لو نبش الكفن قطع . ويستحيل أن يقطع في ملكه . ولأن الموت ينافي الإملاك فلا يختص بعين دون عين [٣] .

٢٩٠٧٨ - فإن قيل : ملك [٤] الميت يزول عما لا حاجة به إليه ، وبه إلى الكفن حاجة فلا يزول ملكه عنه كتقدير [٥] فيه وما أوصى به للفقراء .

٢٩٠٧٩ - قلنا : لا يزول ملكه عن جميع ذلك بالموت ويقف على حق الغرماء والموصي لهم ، فإذا ردوا الوصية وأبرأوا من الدين زال الموقوف وحكمنا بانتقال الملك إلى الورثة في ذلك .

٢٩٠٨٠ - فإن قيل : هلا قلتم : إن ملك الكفن يقف على حكم ملك الميت .

٢٩٠٨١ - قلنا : إنما يقف على حكم ملكه تعلق حق الغير به تعلقا مراعى . فإذا نفد ما تعلق به [المراعي دون أن يسقط] [٦] الحق المتعلق به و [٧] ملكه الورثة . والكفن يتعلق به حق غير الميت حتى يقف ملكه فيه .

٢٩٠٨٢ - فإن قيل : لو أكل الميت سبع كان الوارث أحق بالكفن .

٢٩٠٨٣ - قلنا : لأنه مستحق عليهم بجهة بطلت تلك الجهة فعاد إلى ملكهم

---

(١) ساقطة من (م) .
(٢) ساقطة من (ص) .
(٣) ما بين المعكوفتين في (ب) عين كالشيء .
(٤) ما بين المعقوفتين في (ب) مال .
(٥) غير واضحة في (ص) .
(٦) في (م) : [المراعات وإن سقط] .
(٧) ساقطة من (ص) .

كما لو أوصى الميت بوصية فردها الموصى له فملكها الوارث لبطلان الجهة التي استحقت لها . ولذلك قال محمد : في المسجد إذا استغني عنه عاد إلى ملك بانيه [١] وكذلك إذا أبرأوا الغرماء من الدين [فملكها الوارث] [٢] ولا يملكون قبل البراءة ، ولو تبرع متبرع بتكفين الميت زال ملكه عن الكفن . فإن أكله سبع عاد الكفن [٣] إلى ملك المتبرع .

٢٩٠٨٤ - فإن قيل : الوارث خصم للنباش في رد الكفن فدل أنه ملكه .

٢٩٠٨٥ - قلنا : المودع خصم في رد الوديعة إلى يده ولا يملكها . ولأنه يخاصم لتبقية الفرية التي وجهها [٤] وإذا كان [٥] هذا قلنا : كل عين ليس لها مالك معين من الآدميين ولا هي موقوفة [على حكم ملك مالك] [٦] بعقد لم يقطع فيها كمال بيت المال . ولا يلزم مال المكاتب . لأنه موقوف على ملك بعقد .

٢٩٠٨٦ - فإن قيل : السارق من المودع يقطعه المودع وليس بمالك .

٢٩٠٨٧ - قلنا : العين ملك المودع ، والمودع قائم مقامه [٧] في المطالبة بها .

٢٩٠٨٨ - فإن قيل : المعنى في مال بيت المال أن للسارق فيه حقا فلا يقطع كما لا يقطع في سرقة مال مشترك . ولأن مال بيت المال وضع لصيانة المسلم عن الفقر كما أن مال الابن لصيانة أبيه عن الفقر . ثم لا يقطع الأب في سرقة مال الابن كذلك السارق من بيت المال .

٢٩٠٨٩ - قلنا : الحربي المستأمن إذا سرق مال بيت المال لم يقطع وليس بشريك فيه .

٢٩٠٩٠ - الفصل الثالث في المسألة : أن الكفن ليس بمحرز في القبر [٨] .

٢٩٠٩١ - الدليل على [٩] ذلك أنه إن سرق من القبر وليس فيه ميت لم يقطع ، وانضمام الميت إلى الكفن وهو لا يحس كضم حجر إليه . ولأنه لو سرق من القبر غير الكفن من الأموال لم يقطع ، ولو كان حرزا لنوع من المال كان حرزا لجميع المال

---

(١) وعند أبي حنيفة وأبي يوسف : يبقى مسجدًا ، ولا يرد إلى ملك بانيه . وهو المفتى به في المذهب . انظر : مجمع الأنهر (١/٤٧٨) .

(٢) في (م) : [فملكه الورثة] .

(٣) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٤) في (م) : [أوجها] .

(٥) ما بين المعقوفتين في (م) : [كانت] .

(٦) في (م) : [على ملك حكم مالك] .

(٧) في (م) : [مقام] .

(٨) في (م) : [القبل] .

(٩) مكررة في (ص) .

كالبيوت . ولأن البقعة تصير الحرز لمعنى هي [١] عليه كالبيوت أو للحافظ ، والقبر لم يوضع للحفظ ولا [٢] هناك حافظ فلم يكن حرزا للدواب دون الدنانير .

٢٩٠٩٢ - قلنا : ليس نقول ذلك . شريحة البقال حرز [٣] لجميع الأموال كما أن صحن الدار حرز للجوهر إذا بدر فيه وإن لم تجر العادة بحفظ الجوهر كذلك .

٢٩٠٩٣ - فإن قيل : من وضع النار في القبر بسبب التفريط فدل أنه حفظ .

٢٩٠٩٤ - قلنا : كلاهما يضيع إلا أن أحدهما فيه غرض صحيح . فلا يلزم عليه ، والآخر بلا غرض فيه فيلام عليه كما أن آكل الطعام لا لوم عليه ، وآكل الجوهر يلام على أكله ، فكلا الفعلين يضيع .

٢٩٠٩٥ - فإن قيل : قال الله تعالى ﴿ أَلَمْ نَجْعَلِ ٱلْأَرْضَ كِفَاتًا ۝ أَحْيَآءً وَأَمْوَٰتًا ﴾ فأخبر أن الأرض تحفظ الآدمي .

٢٩٠٩٦ - قلنا : ليس إذا كانت حرزا للآدمي لزم أن تكون حرزا للكفن . لأن عند مخالفنا قد يكون الموضع حرزا لشيء دون شيء ، ثم الكفن الضم . فأخبر الله تعالى أن الأرض تضم الميت حتى لا [٤] تبدده اختلاف الرياح وتأكله السباع والهوام وليس هذا من الحرز في شيء .

٢٩٠٩٧ - فإن قيل : لا معنى لاعتبار الحرز في القبر ، وعندكم أن القبر لو كان في دار لم يقطع أخذ [٥] الكفن منه ، وقد أخذه من حرز .

٢٩٠٩٨ - قلنا : إذا كان القبر في الصحراء لم يجب القطع لمعان . منها : عدم الحرز [٦] ، فإذا أخذ من قبر في دار لم يقطع . لأنه ليس بمملوك . ولأن الآخذ ليس بسارق ، ولا يمتنع أن يعلل الحكم بعلة تتعلق بجميعها تارة وبكل واحد منهما على الانفراد أخرى .

٢٩٠٩٩ - الفصل الرابع : في تفسير المسألة : والدليل عليه ما روي أنه ﷺ قال : « لا قطع على مختفي » [٧] والمختفي : النباش بلغة أهل المدينة .

---

(١) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .
(٢) في (م) : [لأن] .
(٣) في (ص) . (م) : [بجوز] وما أثبتناه من الجوهرة النيرة (١٦٨/٢) .
(٤) ساقطة من (م) .
(٥) في (م) : [لأخذ] .
(٦) في (م) : [الإحراز] .
(٧) أخرجه مالك في الموطأ (٢٣٨/١) برقم ٥٦٢ .

٢٩١٠٠ - وروى الزهري أن نباشا أخذ في زمن مروان فاجتمع أصحاب رسول الله ﷺ وكانوا متوافقين أنه يضرب ولا يقطع ، [1] وعن زيد بن ثابت أنه لا يقطع .

٢٩١٠١ - وقولهم : إن ابن [2] المنذر قال : لا يثبت ذلك ليس بصحيح . لأن الطحاوي روى بإسناد صحيح . فلو طعن ابن المنذر في الإسناد سمع طعنه . فأما إن نقول : لم يثبت فهذا نفي ، ولا يقبل في مقابلة الإثبات . ولأن كل [3] موضع لو سرق منه الدراهم والدنانير لم يقطع لمعنى يعود إلى الحرز لم يقطع إذا سرق الثياب كالصحراء . ولأنه لو سرق ما زاد على الكفن من القبر لم يقطع . كذلك إذا أخذ الكفن لأن كل واحد منهما من تركة الميت . ولأن كل بقعة إذا أخذ منها المال لم يقطع فانضمام الميت إلى المال لا يوجب القطع كالحرز المأذون في دخوله . ولأن أخذ النباش يستقر به [4] الضمان فلا يجب به القطع فأخذ الغاصب . ولأن أطراف الميت لا يجب بإتلافها ضمان فلا يجب بأخذ كسوته قطع كالحربي .

٢٩١٠٢ - قالوا : ينتقض بالمرتد .

٢٩١٠٣ - قلنا : لا يجب القطع في حاله . لأن من الفقهاء من قال : هو ينتقض بالزاني إذا حكم الحاكم برجمه .

٢٩١٠٤ - قلنا : أطرافه مضمونة . بدلالة أن من [5] قطع يده ثم دخل شبهة ضمن .

٢٩١٠٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [6] .

٢٩١٠٦ - قالوا : والسارق اسم عام يجمع أنواعا كنقاب وطرار [7] . ولهذا قالت عائشة : « كيف يقطع سارق أحيائنا ولا يقطع سارق موتانا » ؟ فسمت النباش سارقا .

٢٩١٠٧ - وقولهم : مقبول في اللغة .

٢٩١٠٨ - قلنا : قد بينا أن النباش خص باسم ، والظاهر أنه لا يشارك غيره ، وعلى

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥/٥٢٣) برقم ٢٨٦١٣ .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) في (م) : [الكل] .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٦) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

(٧) الطرار : هو من يعتاد الطر ؛ وهو الشق والقطع . أي : يشق أو يقطع ثوبًا فيأخذ منه مالًا انظر : طلبة ص٧٨ مادة (نبش) .

لغة أهل المدينة . يقال له : مختفى . فلم نسلم أنه يسمى سارقا على الإطلاق .

٢٩١٠٩ - وقول عائشة بيان للحكم [١] . لأن الصحابة لا يعلم بعضهم بعضا الأسماء [٢] اللغوية . فكأنها قالت حكمه حكم سارق الأحياء .

٢٩١١٠ - وقولهم : إن السارق من أخذ المال على وجه الاستخفاء [٣] ليس بصحيح . لأن الميت لا يستخفي منه .

٢٩١١١ - قالوا : روى البراء بن عازب عن النبي ﷺ أنه قال : « من غرق غرقنا ومن حرق حرقنا ومن نبش قطعناه » [٤] .

٢٩١١٢ - قلنا : هذا خبر لا أصل له . وما حكي عن موضع صحيح ولا سقيم . فإنما نقلت هذه الألفاظ في خطبة زياد . ولأن النبش لا يتعلق به القطع باتفاق ، وأنه يتعلق عندهم بأخذ الكفن . فكيف علق [٥] عليه السلام القطع بما لا يتعلق به ؟

٢٩١١٣ - قالوا : قال الله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ ﴾ [٦] . الآية تقتضي أن قاطع الطريق [إذا أخذ] [٧] كفن ميت في تابوت في القافلة فلم يجب القطع .

٢٩١١٤ - قلنا : ليس عن أبي حنيفة في وجوب الحد على قاطع الطريق بأخذ الكفن رواية ؛ ولأن المراد بالآية إذا أخذوا مالا مملوكا باتفاق . وذلك [٨] لا يوجد في الكفن عندنا .

٢٩١١٥ - قالوا : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « القطع في ربع دينار » [٩] .

٢٩١١٦ - قلنا : المراد به القطع على السارق ، ونحن لا نسلم أن هذا سارق .

٢٩١١٧ - قالوا : روي أن ابن الزبير قطع نباشا بعرفات [١٠] . وهذا موضع يحضره الناس من كل فج ، ولم ينكر ذلك أحد وقالت عائشة : « سارق موتانا كسارق أحيائنا » .

---

(١) في (م) : [المحكم] .
(٢) في (م) : [لاسيما] .
(٣) في (م) : [الاستحقاق] .
(٤) أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار . انظر : تلخيص الحبير (٦٥/٤) برقم ١٧٧٤ .
(٥) في (م) : [عكس] .
(٦) سورة المائدة : الآية ٣٣ .
(٧) مطموس في (ص) .
(٨) في (م) : [كذلك] .
(٩) سبق تخريجه .
(١٠) أخرجه البخاري في التاريخ الكبير (١٠٤/٤) .

قالوا : روي أن ابن مسعود أخذ نباشا . فكتب إلى عمر . فكتب عمر يقطع [1] .

٢٩١١٨ - قلنا : من الإجماع في زمن مروان . رواه الزهري وهو الثبت فيما يرويه عن السيرة بالمدينة .

٢٩١١٩ - وأما [2] خبر ابن مسعود فلو كان صحيحا لنقله أهل الكوفة ، ولو ثبت بالإجماع في زمن مروان لسقط ما قبله من الخلاف .

٢٩١٢٠ - وما روي من فعل ابن الزبير يجوز أن يكون نباشا سرق فقطع بسرقته ، وعرف بفعل النبش ، وإن قطع بغيره .

٢٩١٢١ - كما روى ابن الزبير أن النبي ﷺ قطع المخزومية التي كانت تستعير الحلي وتجسه [3] .

٢٩١٢٢ - قالوا : من وجب القطع بسرقته سترته كالحي يجب القطع بسرقة سترته وإن لم يجب ستر عورته وهو الصبي والصغير . وتنتقض العلة بالحربي . فإن القطع لا يجب بسرقة سترته ، وإن وجب ستر عورته .

٢٩١٢٣ - والمعنى في الحي أن الضمان يستقل بإتلاف أطرافه فوجب القطع بسرقة أثوابه ، وإن كانت أطراف الميت لا تضمن بالإتلاف لم يقطع بسرقة سترته ، أو نقول سترة الحي لو سرق منها الدراهم لم يقطع . كذلك إذا سرقها لم يقطع .

٢٩١٢٤ - قالوا : حكم يتعلق بالسرقة فجاز أن يتعلق بالكفن أصله الضمان .

٢٩١٢٥ - قلنا : وجوب الضمان أوسع ووجوب القطع أضيق . ألا ترى أن السارق من بيت المال ومن الحرز المأذون في دخوله والمختلس يجب عليهم دون القطع ، ولأن الضمان في الكفن يجب بحق الوارث ، والقطع لا يجب لحقه . لأن عند مخالفنا لو نبش القبر قطع . ولأن الضمان يجب في أخذ مال [4] بيت المال كذلك لا يجب في أخذ الكفن . [وكما لم يجب القطع في أخذ مال بيت المال . كذلك لا يجب في أخذ الكفن] [5] .

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٢١٥/١) برقم ١٨٨٨٩ .

(٢) في (م) : فأما] .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٦/٣) برقم ١٦٨٨ .

(٤) ساقطة من (م) . ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

٢٩١٢٦ - قالوا : سرق نصابا في حرز مثله من غير شبهة فوجب قطعه إذا كان من أهل القطع أصله [السارق من] [1] الحي .

٢٩١٢٧ - قلنا : لا نسلم أنه سرق . فإن قالوا : أخذ بطل بالمنتهب [2] . فإن قالوا : آخذ على وجه الاستخفاء بطل بمن أخذ من حرز مأذون له في دخوله .

٢٩١٢٨ - فلا نسلم أنه أخذ من حرز مثله . لأن الكفن لا يوضع في القبر ليحرز ، وإنما يوضع [3] للبذلة والفساد ولا يكون محرزًا .

٢٩١٢٩ - فإن قالوا : إنما يوضع للمنفعة وإن فسد بها كما يلبس الثوب الحي لينتفع به . وإن بلي بلبسه [4] .

٢٩١٣٠ - قلنا : الميت يوضع للفساد والبلى فكذلك كفنه ، والحي محفوظ فكذلك ثيابه أيضا وإن كانت تبلى بالاستعمال .

٢٩١٣١ - والمعنى في غير [5] الكفن أنه مأخوذ من مكان لو أخذت منه الدراهم لم يقطع كذلك إذا أخذ الثياب .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركت في الهامش ولكنها مطموسة .

(٢) الانتهاب : هو الآخذ علانية قهرًا . ولا قطع عليه . انظر : الجوهرة النيرة (١٦٧/٢) .

(٣) في (م) : [موضع] .

(٤) في (م) : [البسه] .

(٥) في (م) : [غيره] .



[سرقة العين التي قطع فيها بعد ردها]

٢٩١٣٢ – قال أصحابنا : إذا سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها لم يقطع (١) .

٢٩١٣٣ – وقال الشافعي : تقطع رجله اليسرى (٢) .

٢٩١٣٤ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا ﴾(٣) ظاهره يقتضي أن القطع لا يتعلق بغير اليد إلا أن يقوم دليل .

٢٩١٣٥ – فإن قيل : إذا سرقه ثانيا وقد ذهبت رجله اليسرى بآفة قطعت يده اليسرى عندنا فنفرض الكلام في هذا .

٢٩١٣٦ – قلنا : القادح في دليل خصمه لا يفرض الكلام بما هو فاسد ؛ لأن المراد بقوله : ﴿ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا ﴾ : (٤) أيمانهما باتفاق ، وذلك في قراءة ابن مسعود (٥) . فكيف يحمل على اليد اليسرى .

٢٩١٣٧ – [ولأنه حد] (٦) وجب بهتك حرمة الغير التي اعتبرت في وجوبه . فإذا استوفي بهتكها مرة لم يستوف من الأولى بهتكها ثانية أصله القاذف إذا كرر القذف .

٢٩١٣٨ – ولا يلزم حد الزنى : لأنه لم يوضع لهتك حرمة المزني بها . بدلالة : أن الحد يجب عليها كما يجب عليه ، والزانية لا حرمة لها ، ولأن حد القذف وضع لصيانة الأعراض كذلك إذا تكرر الأخذ . ولأن حرمة الأعراض أغلظ من حرمة المال ؛ لأن حرمة المال بمالكه ، فإذا لم يتكرر الحد بهتك حرمة ، فحرمة المال أولى . ولأنه حد لا يستوفى إلا بالخصومة فتكرر الحد في غير واحدة مما لا يوجب على الواحد

---

(١) انظر : حاشية ابن عابدين (٤/٩٥ – ٩٦) ، ومجمع الأنهر (٦٤٩/١) ، والجوهرة النيرة (١٧١/٢) ، وبداية المبتدي ص ١١١ ، وحاشية أبي السعود (٣٩٩/٢) ، واللباب في شرح الكتاب ص ٢٦٤ .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٤٧١/٥) ، وحاشية البجيرمي على الخطيب (٢٠٨/٤) ، والأحكام السلطانية ص ٢٨٢ ، وروضة الطالبين (١٢١/١٠) . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : المدونة الكبرى (٥٢٩/٤) ، والذخيرة (١٩٧/١٢) ، وكشاف القناع (١٤٣/٦) ، والمغني (١٠٧/٩) .

(٣ ، ٤) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

(٥) حيث كان يقرأ : (والسارقون والسارقات فاقطعوا أيمانهما) . انظر : جامع البيان عن تأويل أي القرآن (٢٢٨/٦) .

(٦) في (م) : [ولا حد] .

غير حد واحد أصله القذف ولا يلزم حد الزنى : لأن استيفاءه [1] لا يقف على الخصومة .

٢٩١٣٩ - [ألا ترى] [2] أن الشهود لو شهدوا عليه بالزنا حد [3] ، ولو شهدوا أنه سرق أو أقر بالسرقة لم يقطع حتى [يحضر] المسروق منه فيطالب بالمال ؟

٢٩١٤٠ - فإن قيل : المقصود بحد [4] القذف تحقيق الكذب على القاذف ، وقد حكمنا بكذبه فلم يجب بقذفه حد كما لو قال : أهل بغداد زنى [5] لم يجب عليه حد .

٢٩١٤١ - قلنا : المقصود بالحد الزجر وتحقيق الكذب تابع ؛ بدلالة أن جماعة لو قذفوا رجلا بزنى واحد وحد [6] أحدهم لم يسقط الحد عن الباقين وإن كان الكذب تحقق عليهم . ألا ترى : أن جماعة لو أخبروا بخبر واحد فحكمنا بكذب أحدهم كان ذلك [7] حكما بكذب جماعتهم .

٢٩١٤٢ - فأما من قال : أهل بغداد زنى فلا يجب عليه الحد ؛ لأن المقذوف غير معين لما قالوه .

٢٩١٤٣ - فإن قيل : القاذف إذا تكرر منه القذف الذي حد فيه لم يجب عليه الحد ؛ لأنا قد حققنا كذبه فيه للحد . فلو قذفه بزنى آخر ؛ حد .

٢٩١٤٤ - قلنا : يكفي في التسليم تكرار القذف بزنى واحد ، فأما اعتبار تحقيق الكذب فقد تكلمنا عليه ، وهذا أيضا يبطل بالقاذف إذا أكذب نفسه وجب عليه الحد وإن حكم بكذبه باعترافه . ولأن العين معتبرة في وجوب القطع ، والفعل معتبر ، كان إيقاع فعل واحد في عينين لا يوجب أكثر من قطع واحد كذلك إيقاع فعلين [8] في عين واحدة .

٢٩١٤٥ - فإن قيل : الحرز معين كالعين وإيقاع الفعل في حرزين يوجب قطعين .

٢٩١٤٦ - قلنا : الحرز شرط في وجوب القطع بالفعل وليس فعله . ولهذا لو سرق من حرزه الذي أجره قطع ، وبمثله لو سرق ماله من حرز غيره لم يقطع .

٢٩١٤٧ - فإن قيل : إنما وجب قطع واحد بإيقاع فعلين [9] في عينين . لأنه لم

---

(١) في (م) : [استيفاؤه] .
(٢) في (م) : [إلى ترى] .
(٣) في (م) : [حدوا] .
(٤) في (م) : [بحذف] .
(٥) في (م) : [زيادة] .
(٦) في (م) : [وحدو] .
(٧) بعده في (ص) :] كذبًا] .
(٨) في (م : تعليق] .
(٩) في (م) : [فعل] .

يستوف [1] الحد بأحد الفعلين ، ولهذا لو تكرر الفعل لم يجب : إلا قطع واحد .

٢٩١٤٨ - فأما بعد استيفاء القطع إن سرق عينا أخرى قطع كذلك إذا سرق العين الأولى .

٢٩١٤٩ - قلنا : إذا سرق نصابين دفعة واحدة لم يجب إلا حد واحد . لأن الفعل واحد وإذا كرر السرقة وجب بكل فعل حد ، ثم تداخلت الحدود لاجتماعها ، فلا نسلم ما قالوه . ولأنه إيقاع فعل في عين يستحق به إتلاف طرف فكانت تلك العين في حق الفاعل لا يتعلق بها قبل ذلك الحكم أصله قطع الطرف .

٢٩١٥٠ - فإن قيل : اليد المقطوعة في حق القاطع وحق جميع الناس متلفة حتى لا يتعلق بها قصاص بوجه ، والعين في مسألتنا ليست متلفة . بدلالة وجوب القطع بسرقتها على غير السارق الأول لذلك يجب عليه .

٢٩١٥١ - قلنا : ليس إذا وجب القطع على غيره وجب عليه . لأن القطع يجب على الأجنبي بالسرقة ولا يجب على الأب والابن لاختلاف حكمها [2] .

٢٩١٥٢ - كذلك العين في مسألتنا صارت في حكم المتلفة في حق من قطع فيها دون غيره ، وعلى هذا المقذوف [3] في حكم من الإحصان في حق المحدود في قذفه وإحصانه بحاله في حق جميع الناس . ولأنها عين لو استهلكها استقر ضمانها فلم يجب القطع بأخذها كما دون النصاب . ولأنه أخذ يستقر به الضمان فلا يتعلق به القطع كالغصب . ولأن الأخذ يتعلق به قطع وضمان فلو غيب العين فضمنها ثم سرقها لم يقطع كذلك إذا قطع فيها ثم سرقها لم يقطع . ولأن من أصلنا أن الضمان لا يجتمع مع القطع . فلما قطع في العين فقد صارت في حقه كالمباح . بدلالة أنه يضمن باستهلاكها والمباح لا يجب بسرقته قطع . ولا يلزم : إذا كانت السرقة غزلا فنسجه ثم سرقه لأنه بالصنعة [4] تغير . عن حاله الأولى . فصار بمنزلة الخشب لو سرقه لم يقطع فيه . كما لو اتخذ إناء فسرقه فقطع فيه .

٢٩١٥٣ - احتجوا : بالآية . وقد بينا أنها دلالة لنا ، ولا يمكنهم التعليق بها في السرقة الثانية . لأن الواجب عندهم قطع الرجل دون اليد . ولا يمكن فرض المسألة في السرقة الثالثة أو فيمن ذهب رجله بآفة ؛ لأن الآية تتضمن قطع اليد اليمنى .

---

(١) في (م) : [يستوفي] .

(٢) في (م) : [حكمها] .

(٣) في (م) : [المقذف] .

(٤) في (م) : [الصيغة] .

٢٩١٥٤ - ولأن الكلام في قطع اليد اليسرى مسألة مفردة نتكلم عليها [١] .

٢٩١٥٥ - قالوا : روى أبو هريرة أنه ﷺ قال : « إذا سرق السارق فاقطعوا يده ، فإن سرق فاقطعوا رجله ، ثم إن سرق فاقطعوا يده ، فإن سرق فاقطعوا رجله » [٢] . ولم يفصل .

٢٩١٥٦ - قلنا : هذا الخبر إنما هو حكاية فعل . فأما قول فلا يصح عن رسول الله ﷺ وسنبين ذلك فيما بعد .

٢٩١٥٧ - ولأن قوله « ثم إن سرق » [٣] يقتضي سرقة منكرة ، ولو كانت الأولى لعرفها . فلما ذكرها بلفظ التنكير دل على أنه أراد سرقة أخرى .

٢٩١٥٨ - قالوا : فعل يوجب الحد فتكرره في عين واحدة كتكرره في أعيان [أصله الزنى .

٢٩١٥٩ - قلنا : ليس] [٤] يمتنع أن يختلف تكرار سبب الحد في عين واحدة أو في أعيان [بدلالة حد القذف ، ولأن حد] [٥] الزنا وجب لاستيفاء منفعة لا العين [والمنفعة الثانية غير الأولى . فصار] [٦] تباين المنفعتين كتباين العينين . وفي مسألتنا وجب الحد لصيانة العين ، والعين واحدة فلم يتكرر الحد لأجلها ، يبين الفرق بينهما أن حد السرقة إذا سقط بشبهة ضمنت العين وحد الزنى إذا سقط لم تضمن المنفعة .

٢٩١٦٠ - قالوا : سرق نصابا من حرز مثله لا شبهة له فيه ، وهو من أهل القطع فوجب قطعه . أصله المرة الأولى .

٢٩١٦١ - قلنا : لا نسلم أن الفعل حصل من غير شبهة ؛ لأن العين في حقه صارت غير مقومة بالإتلاف ، وهذا شبهة .

٢٩١٦٢ - والمعنى في المرة الأولى لم يستوف لأجل العين أحد موجبي السرقة فمنع ذلك من وجوب القطع على المستوفى منه لأجلها . أصله إذا استوفى منه الضمان .

٢٩١٦٣ - قالوا : لو سرق غزلا فقطع فيه فنسج ثم سرق منه قطع وهذه مناقضة .

٢٩١٦٤ - قلنا : القطع عندنا سقط [٧] . لأن العين في حكم المباحة للسارق .

---

(١) وذلك في المسألة التالية .

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (١٨١/٣) برقم ٢٩٢ .

(٣) سبق تخريجه .

(٤ - ٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

(٧) في (م) : [يسقط] .

والأعيان المباحة إذا تغيرت بصفة (١) وجب فيها القطع عندنا كالخشب إذا نحته أواني . والمناقضة إنما تدفعها العلل على أصوله .

٢٩١٦٥ - قالوا : كل عين إذا (٢) سرقها غير سارقها وجب قطعه ، فكذا (٣) إذا أسرقها سارقها . أصله الغزل إذا قطع فيه ثم نسجه .

٢٩١٦٦ - قلنا : [وجوب الحد بالسرقة على واحد . لا يدل على وجوب الحد] (٤) على غيره . بدلالة الأب والأجنبي . ولأنا (٥) نعلم أن سارق الثوب هو سارق العين التي كان سرقها غزلا بل بالنسيج قد صارت في حكم عين أخرى .

٢٩١٦٧ - وقد تكلم مخالفونا على هذا فقالوا : لو سرق صوفًا فنسجه ثوبًا ثم عاد فسرقه قطع وإن كان اسم الصوف باقيا ، وإذا سرق جديًا فقطع فيه ثم صار تيسا لم يقطع فيه بسرقته (٦) وإن كان الاسم قد زال .

٢٩١٦٨ - وهذا غلط لأنا نعتبر زوال الاسم وعامة المنافع بصفة حادثة ، والاسم يزول في الصوف إذا نسج . لأنه يقال : ثوب صوف ، والجدي إذا صار تيسا . فقد زال الاسم . وأكثر المنافع باقية فلم يزل الاسم بصفة . والكلام في كيفية التعيين بشاغل يبقى بها وهذا عدول عن التسمية (٧) ، وقد قاسوا على العين إذا قطع فيها ثم سرقها من مالك آخر .

٢٩١٦٩ - وهذا موضع لا يسلمه أصحابنا بالعراق وأكثر أهل خراسان ومن أصحابنا الخراسانيين من سلمه وقال : إن حرمة العين بمالكها كاختلاف العينين .

* * *

(١) في (ص) : [صفة] .
(٢) في (م) : [لو] .
(٣) ساقطة من (م) .
(٤) ما بين المعكوفتين مكرر في (م) .
(٥) في (م) : [وأنا لا] .
(٦) في (م) : [بسرقة] .
(٧) في (م) : [المسألة] .

مسألة ١٤٤٦

ما يقطع في السرقة الأولى

٢٩١٧٠ – قال أصحابنا : تقطع في السرقة الأولى اليد اليمنى وفي الثانية الرجل اليسرى ، ويعزر في الثالثة ويحبس ولا يقطع (١) .

٢٩١٧١ – وقال الشافعي : تقطع في الثالثة اليد اليسرى ، وفي الرابعة الرجل اليمنى وفي الخامسة يعزر ويحبس (٢) .

٢٩١٧٢ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ (٣) . قال الفراء : كل شيء موحد من (٤) خلق الإنسان إذا ذكر مضافا إلى اثنين فصاعدا جمع . تقول : قد هشمت (٥) رؤوسهما ، وملأت بطونهما وظهورهما ضربا ومثله ﴿ إِن تَتُوبَآ إِلَى ٱللَّهِ فَقَدْ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا ﴾ (٦) ، ومثله ما أنشده سيبويه

ومهمهين قذفين مرتين ظهراهما مثل ظهور الترسين (٧) .

٢٩١٧٣ – وليس للترس إلا ظهر واحد (٨) فثناه بلفظ الجمع . فلما كانت اليمنى واحدة من كل واحد ثناها بلفظ الجمع فدلت الآية على أن الواجب قطع يد واحدة من كل

---

(١) انظر حاشية أبي السعود (٤٠٤/٢) . واللباب في شرح الكتاب ص٢٦٤ . والاختيار (٦٦/٣) ، والجوهرة النيرة (١٧٠/٢) . والفتاوى الهندية (١٨٢/٢) ، والمبسوط (١٦٦/٩) ، والبناية ٥٨٦/٥ . وهو المذهب عند الحنابلة – انظر الفروع (١٣٥/٦) ، والإنصاف (٢٨٥/١٠ – ٢٨٦) .

(٢) انظر الأم (١٦٢/٦) ، (٣٧١/٨) ، والإشراف على مذاهب أهل العلم (٣٠٥/٢ – ٣٠٦) ، والوجيز (١٧٨/٢) ، والتهذيب (٣٧٩/٧ – ٣٨٣) . وهو المشهور عن مالك وأصحابه إلا أبي مصعب فإنه قال : يقتل في الخامسة ، وهو رواية عن الإمام أحمد . انظر الكافي لابن عبد البر (٥٨١/١) . كفاية الطالب (٣٣٤/٢) – والمغني (١٠٩/٩) . وذهب الظاهرية إلى أن الرجل أو المرأة إذا سرق أحدهما مرة تقطع يده اليمنى وفي الثانية تقطع اليسرى . فإن سرق في الثالثة عزر ومنع الناس ضره حتى يصلح حاله . والمحلى (٣٥٤/١٢) . وهو قول عند المالكية ولكن في الثالثة تقطع رجله . الكافي لابن عبد البر (٥٨١/١) .

(٣) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

(٤) زيادة يقتضيها السياق .

(٥) في (ص) و (م) : [همست] . ما أثبتناه هو الصواب .

(٦) سورة التحريم : الآية ٤ .

(٧) البيت للشاعر خطام المجاشعي . انظر : لسان العرب (١٦٠٩/٣) ، (٤١٦٧/٦) .

(٨) في (م) : [واحدة] .

السارق . وفي قراءة ابن مسعود ﴿ و [١] ٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أيمانهما ﴾ . وهذه القراءة بيان للمراد بالقراءة الأخرى . وهذا يسقط قولهم : إن الآية عامة في اليدين جميعًا .

٢٩١٧٤ - فإن قيل : ظاهر الآية يقتضي وجوب قطع اليد اليمنى . فإن كانت الأخرى شلاء أو مقطوعة .

٢٩١٧٥ - قلنا : كذلك يقتضي الظاهر لولا قيام الدليل . وترك الظاهر في مسألة أخرى لا يمنع التعلق به في مسألتنا . لأن الحدود لا يجوز إثباتها إلا بتوقف أو باتفاق ، و [٢] لم يوجد ذلك في اليد اليسرى فلم يجز إثباته .

٢٩١٧٦ - ولأن إتلاف منفعة الجنس لا يستحق بالسرقة . دليله السرقة الأولى .

٢٩١٧٧ - ولأن ما لا يجب قطعه في قاطع الطريق أول مرة لا يجب في السرقة . أصله الأنف والأذن . ولأن حد قاطع الطريق أغلظ . بدلالة : أنه يستحق به القتل والصلب . فإذا لم يقطع الأطراف الأربعة هناك ، فها هنا أولى ولأن السرقة إذا تكررت ضعفت لهذا أسقط القطع في الخامسة باتفاق فإذا لم يستحق إتلاف منفعة الجنس في الأولى والثانية .

٢٩١٧٨ - فإن قيل : إذا جاز أن تتلف [منفعة الجنس قصاصا تتلف] [٣] في السرقة .

٢٩١٧٩ - قلنا : القصاص مستحق به إتلاف ما سوى اليدين والرجلين من الأعضاء ، ولا يستحق ذلك بالسرقة . فدل على اختلافهما [٤] .

٢٩١٨٠ - ولأن ما يجب بإتلافه جميع قيمته [٥] لا يستحق في السرقة كالعينين .

٢٩١٨١ - ولا يلزم اليد والرجل ؛ لأن الواجب فيهما ثلاثة أرباع القيمة .

٢٩١٨٢ - ولأن الأخذ في السرقة الثالثة يستقر به الضمان على السارق فلا يجب به الحد كالدفعة الخامسة . ولأن كل أخذ لا يستحق به النفس لا يستحق بنوعه إتلاف ، منفعة الجنس كحد القذف .

٢٩١٨٣ - احتجوا : بما روى الشافعي قال : أخبرنا بعض أصحابنا عن [ابن أبي ذئب] [٦] عن

(١ - ٤) ساقطة من (م) .

(٥) في (م) : [فيه] .

(٦) ما بين المعكوفتين في (ص) ، (م) : [أبي ذر] . والصواب ما أثبتناه . انظر : نصب الراية (٣٦٨/٣) تلخيص الحبير (٦٨/٤) . وهو : محمد بن عبد الرحمن بن المغيرة بن الحارث بن أبي ذئب . ولد سنة ٨٠ هـ . روى عن : خاله الحارث بن عبد الرحمن ، وعبد الله بن السائب ، وعكرمة . وروى عنه : الثوري ، ومعمر . مات سنة ١٥٨ هـ . انظر : الثقات (١٠٨/٥) ، وتهذيب التهذيب (٢٧١/٩ - ٢٧٣) .

الحارث بن عبد الرحمن [١] عن أبي هريرة أن النبي ﷺ : قال في السارق : « إن سرق فاقطعوا يده ، ثم إن سرق فاقطعوا رجله ، ثم إن سرق فاقطعوا يده ، ثم إن سرق فاقطعوا رجله » [٢] .

٢٩١٨٤ - الجواب : أن الطحاوي قال : هذا حديث لا أصل له ؛ لأن كل من لقيناه [٣] من حفاظ الحديث ينكرونه ، ويذكرون أنهم لم يجدوا له أصلا .

٢٩١٨٥ - وأصحاب الشافعي : لا يجوز لهم العمل به . لأنه مرسل على أصولهم . ونحن لا يلزمنا مع إنكار حفاظ الحديث له .

٢٩١٨٦ - وقولهم : إن الشافعي يحتج به وقد ثبت عنده عدالة رواته ، ويسقط طعنهم على المراسيل . أنه يجوز أن يكون عدل من لو سماه لم يعدلوه . على أن هذا لا يجوز أن يكون قاله قبل استقرار الحد ، وفي الحالة التي كان يجوز فيها قطع اليدين والرجلين في قاطع الطريق أول مرة كذلك قطع الأربعة الأعضاء في السرقة المكررة . وقد قطع [رسول الله] [٤] ﷺ : أيدي العُرَنيين وأرجلهم [٥] ثم استقرت الحدود فصار قاطع الطريق تقطع يده ورجله كذلك السارق إذا تكررت سرقته لم تقطع إلا يده ورجله .

٢٩١٨٧ - احتجوا : بحديث حماد بن أبي حميد [٦] عن محمد بن المنكدر عن جابر أن النبي ﷺ أتي بسارق وقد سرق فأمر أن تقطع يده ، ثم أتي به مرة أخرى وقد سرق فأمر أن تقطع رجله ، ثم أتي به مرة أخرى [وقد سرق] [٧] فأمر أن تقطع يده ، ثم أتي به مرة أخرى فأمر أن تقطع رجله [٨] .

---

(١) هو : الحارث بن عبد الرحمن القرشي العامري ، خال ابن أبي ذئب . روى عن : الزهري ، وأبي سلمة ، ومحمد بن جبير . وروى عنه : ابن أبي ذئب . مات سنة ١٢٩ هـ . انظر : الجرح والتعديل (٧٩/٣) ، وميزان الاعتدال (١٧٣/٢) .

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (١٨١/٣) برقم ٢٩٢ .

(٣) في (م) : [القناة] .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٩٥/٦) برقم ٦٤١٧ ، ومسلم في صحيحه (١٢٩٦/٣) برقم ١٦٧١ .

(٦) حماد بن أبي حميد الزرقي الأنصاري المدني . منكر الحديث . روى عن : محمد بن المنكدر . وإسماعيل ابن محمد ، وعمرو بن شعيب . وروى عنه : ابن أبي فديك ، والقعنبي . انظر :التاريخ الكبير (٢٨/٣) ، والجرح والتعديل (١٣٥/٣) والمجروحين (٢٥٣/١) .

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٧٢/٨) برقم ١٧٠٣٧ .

٢٩١٨٨ - قلنا : هذا بعض الحديث وتمامه روى عبد الله بن صالح قال : حدثني أبو معشر (١) عن مصعب (٢) بن ثابت (٣) عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله قال (٤) : سرق رجل في زمان النبي (٥) ﷺ فجاءوا به . فقالوا : إن هذا سرق . فقال عليه [الصلاة و] (٦) السلام : « اقتلوه . فقالوا : إنما سرق يا رسول الله . قال : « اقطعوا يده » قال (٧) : ثم سرق مرة أخرى فجاؤا به ، فقالوا : يا رسول الله إن فلانا سرق . قال : « اقتلوه » قالوا : إنما سرق قال : « اقطعوا يده الأخرى » ثم سرق مرة أخرى . فقالوا : يا رسول الله إن فلانا سرق . قال : « اقتلوه » قالوا : إنما سرق . قال : « اقطعوا رجله » قال : ثم سرق مرة أخرى . فقالوا : إن فلانا سرق . قال : « ألم أقل لكم اقتلوه » . قال : فخرجنا إلى مربد النعم (٨) فحملنا عليه النعم فأشار بيده ورجله فنفرت الإبل عنه ، فتلقيناه بالحجارة حتى قتلناه (٩) . فهذا أصل الحديث ، وإنما اختصره راوي الحديث الأول . قال الطحاوي : وأبو معشر أجلى في قلوب الرواة من أمثال حماد بن أبي حميد . ومعلوم أنه ﷺ في الدفعة الأولى أمر بقتله : بمعنى أوجب القتل غير السرقة ، فلما خاف أن يظنوا أن السرقة توجب القتل أمر بقطعه . فإذا كانت النفس مستحقة في الدفعة الأولى ، وفي كل دفعة جاز أن تقطع أطرافه كلها ؛ لأن المرتد [لا] (١٠) يمثل به ، ثم قتله في الخامسة لا بالسرقة لكن بمعنى آخر ، كذلك قطع يده في الثالثة بذلك المعنى (١١) .

---

(١) نجيح بن عبد الرحمن السندي . أبو معشر المدني مولى بني هاشم . حدث عن محمد بن المنكدر وهشام ابن عروة ، وحدث عنه ابنه محمد والليث بن سعد وأبو نعيم . كان عالما بالمغازي . قال البخاري : منكر الحديث . مات ببغداد سنة سبعين ومائة . سير أعلام النبلاء (٤٣٥/٧ - ٤٤٠) برقم ١٦٥ ، وميزان الاعتدال (١٢/٧ - ١٧) برقم ٩٠٢٥ .

(٢) في (م) الصعب .

(٣) مصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير بن العوام من أهل المدينة يروي عن نافع وعطاء وابن المنكدر ، ويروي عنه : ابنه عبد الله وزيد بن أسلم . مفكر الحديث ينفرد بالمناكير عن المشاهير . مات سنة سبع وخمسين ومائة . المجروحين (٢٨/٣ - ٢٩) . برقم ١٠٧٠ ، وتهذيب التهذيب (١٤٤/١٠) برقم ٣٠٤ .

(٤) ما بين المعكوفتين مكرر في (م) .

(٥) في (م) : [برسول الله] .

(٦ ، ٧) ساقط من (م) .

(٨) مربد النعم : موضع بالمدينة ؛ وهو موقف الإبل وموضع التمر أيضًا . انظر : المصباح المنير مادة (ربد) .

(٩) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٧٢/٨) برقم ١٧٠٣٦ .

(١٠) ما بين المعكوفتين من (م) ساقط من (ص) .

(١١) وهو القتل على سبيل السياسة لا على سبيل الحد . ومما يؤيد ذلك أنه محمول على هذا المعنى عند الشافعي في الخامسة . انظر تبيين الحقائق مع حاشية الشلبي (٢٢٥/٣) ، ومنحة الخالق (٦٧/٥) .

٢٩١٨٩ - احتجوا : بما روى خالد الحذاء [١] عن محمد بن حاطب [٢] أن أبا بكر قطع يدًا بعد يد ورجل [٣] .

٢٩١٩٠ - قلنا : ليس في واحد من الخبرين أن القطع وجب في السرقة فيجوز أن يكون قطعها قصاصا ، والذي روي أن أبا بكر أضاف أسود مقطوع اليد والرجل فسرق [حلى] [٤] أسماء فقطع يده ، فقد روي أنه أضاف أسود أقطع اليد اليمنى فسرق حليهم [٥] فقطع رجله [٦] . ولا يحمل على قضيتين . لأنه يبعد أن يكون ضيافة أبي بكر لأسودين [٧] كل واحد منهما [أقطع ، وكل واحد منهما] [٨] سرق حليا فقطعه فعلم أنها قصة واحدة متعارضة . على أن هذا لو ثبت معارض [٩] بما روى شعبة عن عمرو بن مرة [١٠] عن عبد الله بن سلمة [١١] أن عليا أتي بسارق فقطع [١٢] يده ، ثم أتي به فقطع رجله ، ثم أتي به فقال : إني لأستحي أن أدعه ليست له يد يأكل بها ، ولا

---

(١) خالد الحذاء بن مهران البصري أبو المنازل . روى عن : أبي قلابة ، وعطاء ، والحسن روى عنه : الثوري ، وشعبة ، وحماد . مات سنة ١٤٢ هـ . انظر : شذرات الذهب (٢١٠/١) ، والجرح والتعديل (٣٥٢/٣) ، وتهذيب التهذيب (١٠٤/٣) .

(٢) محمد بن حاطب بن الحارث القرشي الجمحي . ولد بأرض الحبشة . روى عن : أمه ، وعلي . وروى عنه : ابنه عثمان ، وسماك بن حرب . مات بمكة وقيل : بالكوفة ، سنة ٧٤ هـ . انظر : الكاشف (١٦٣/٢) ، والاستيعاب (١٣٦٨/٣) .

(٣) ما وجدته من طريق خالد الحذاء عن عكرمة عن ابن عباس أن عمر بن الخطاب قطع يدًا بعد يد ورجل . وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٧٤/٨) برقم ١٧٠٤٤ . أما الوارد عن أبي بكر فقد أخرجه مالك في الموطأ (٨٣٥/٢) برقم ١٥٢٦ عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن رجلًا من أهل اليمن أقطع اليد والرجل قدم على أبي بكر فشكى إليه أن عامل اليمن ظلمه . . إلخ .

(٤) ما بين المعكوفتين في (م) : [حكى] .

(٥) ما بين المعكوفتين في (م) : [حيلهم] .

(٦) أخرجه الدارقطني في سننه (١٨٤/٣) برقم ٣٠٣ .

(٧) في (م) : [لأسود] .

(٨) ساقطة من (م) .

(٩) في (م) : [معا] .

(١٠) عمرو بن مرة الجميلي المرادي الكوفي . روى عن : ابن أبي أوفى وسعيد بن المسيب ، وعبد الله بن سلمة ، وروى عنه : الأعمش : وشعبة . توفي سنة ١١٦ هـ . انظر : الجرح والتعديل (٢٥٧/٦) ، والتاريخ الكبير (٣٦٨/٦) ، وشذرات الذهب (١٥٢/١) .

(١١) عبد الله بن سلمة الهمداني الكوفي . روى عن : علي ، وسعيد بن أبي وقاص ، وابن مسعود . وروى عنه : عمرو بن مرة . قال البخاري : لا يتابع على حديثه . انظر : الجرح والتعديل (٧٣/٥) ، وميزان الاعتدال (١١٠/٤ ، ١١١) .

(١٢) في (م) : [قطع] .

يستنجي بها ، ولا رجل يمشي عليها ثم حبسه في السجن [١] . فصارت المسألة لو ثبت ما قالوا [٢] خلافا منهم .

٢٩١٩١ - قالوا : ما سقط القطع في السرقة بقطعه كان محلا للقطع كاليمين . بيان ذلك أن الحداد لو قطع اليد اليسرى سقط القطع بها .

٢٩١٩٢ - قلنا : ينعكس [٣] بالرأس فإن القطع يسقط بقطعه وليس بمحل للقطع .

٢٩١٩٣ - فإن قالوا : إنه لا يسقط قطعه ، وإنما يسقط بفوات النفس .

٢٩١٩٤ - قلنا : كذلك لا يسقط قطع السرقة بقطع اليسرى . لأن اليمنى إذا قطعت فاتت منفعة الجنس .

٢٩١٩٥ - فإن قيل : لو لم يقع اليسرى موقع المستحق ضمنه [٤] القاطع .

٢٩١٩٦ - قلنا : إنما لا يضمن . لأنه عوضه عن اليسرى اليمنى ، وهي من جنسها ومنفعتها زائدة عليها ، ولهذا لو قطع رجله ضمنها . لأنه لم يعوضه من جنس منفعتها والمعنى في اليمنى أنها تستحق في قاطع الطريق بأول مرة فجاز أن تستحق في السرقة ، ولما كانت اليد اليسرى والرجل اليمنى لا يستحق في المرة الأولى من قاطع الطريق لم تستحق في السرقة الأولى و [٥] إن تكررت .

٢٩١٩٧ - قالوا : يد تقطع [٦] قودًا فجاز أن تقطع في السرقة كاليمنى .

٢٩١٩٨ - قلنا : القود يتعلق بالأنف والأذنين والسن والعين وبتلف النفس ، وكل ذلك غير مستحق في السرقة . فدل على اختلاف موضع الأمرين .

٢٩١٩٩ - ولأن اليمنى عندنا تقطع إن لم يفت بها منفعة الجنس ، فإن فاتت بها لم تقطع كالأشل اليسرى والمقطوع الرجل اليمنى ، كذلك اليد اليسرى إذا فات بها منفعة الجنس لم تقطع .

٢٩٢٠٠ - قالوا : كل حكم ثبت لليد اليمنى ، ثبت لليد اليسرى والرجل اليسرى . أصله غسلهما في الطهارتين ودخولهما في وجوب القود وتقدير [٧] الدية .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٧٥/٨) برقم ١٧٠٤٦ .

(٢) في (م) : [قالوه] .

(٣) في (م) : [ينكسر] .

(٤) هكذا في (ص) ، (م) . ولعل الصواب : [ضمن] .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) في (م) : [القطع] .

(٧) في (م) : [تقرير] .

٢٩٢٠١ - قلنا : يبطل بتقديم اليمنى على اليسرى في الوضوء فإنه سنة ثبتت لليد اليمنى ، ولا يثبت لليد اليسرى ، وافتراش الرجل [١] اليسرى للتشهد حكم ثبت لها ولا يثبت لليمنى ، والمعنى في الأصل أنه لا يختص اليدين والرجلين فجاز أن يعمهما ، والقطع لا يتعدى اليدين والرجلين . فلم يعمهما كالمرة الأولى . فأما تقدير الدية بتساوي اليدين في تقدير الأرش لا يوجب تساويهما في تعلق القطع بهما .

٢٩٢٠٢ - قالوا : كل حد تكرر مرتين تكررا أربع مرات كسائر [الحدود] .

٢٩٢٠٣ - قلنا : كل [حد تكرر مرتين] [٢] فحكمه في الثالثة [كحكمه في الخامسة . أصله سائر الحدود] [٣] . ولأن هذه الحدود [٤] بنيت على التكرار بتكرر سببها ، وقطع السرقة يخالفها . بدلالة : أنه يسقط في الخامسة [٥] كذلك يجوز أن يسقط في الثالثة .

٢٩٢٠٤ - قالوا : طرف في أبعاضه مال أرش مقدر كاليمنى .

٢٩٢٠٥ - قلنا : يبطل بالرأس .

٢٩٢٠٦ - قالوا : عضو يتوصل به إلى أخذ السرقة .

٢٩٢٠٧ - قلنا : يبطل بساعد الأقطع ، والمعنى في اليمنى ما ذكرنا .

* * *

---

(١) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٢) في (م) : [الحدود عكسه] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش ولكنه مطموس .

(٤) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٥) في (م) : [الجانب] .



مسألة ١٤٤٧

[الضمان والقطع هل يجتمعان في سرقة واحدة]

٢٩٢٠٨ - قال أصحابنا : إذا هلكت العين المسروقة فضمن السارق لم يقطع ، وإن قطع قبل التضمين لم يضمن (١) .

٢٩٢٠٩ - وقال الشافعي : يجمع بين القطع والضمان (٢) .

٢٩٢١٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا ﴾ (٣) وقال في آية المحاربين : ﴿ إِنَّمَا جَزَاؤُا الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا ﴾ (٤) الآية فجعل الحد في الآيتين الجزاء . فمن زعم أنه يجب القطع والغرم جعل الحد بعض الجزاء ، وهذا خلاف الظاهر . يبين ذلك أن الضمان حق الآدمي (٥) ، والحد حق الله تعالى . والآدمي أحوج إلى حقه . فلما (٦) وجب كان الاهتمام ببيانه أحق بالذكر .

٢٩٢١١ - ويدل عليه ما روى سعد (٧) بن إبراهيم (٨) عن أخيه المسور بن إبراهيم (٩)

---

(١) انظر : مجمع الأنهر (٦٢٧/١) ، والفتاوى الهندية (١٨٤/٢) . وفتح القدير (٤١٣/٥) . وبدائع الصنائع (٨٤/٧) ، والبناية (٦١٢/٥) . وتبيين الحقائق (٢٣١/٣) ، والمبسوط (١٥٨/٩) .

(٢) انظر : الأم (١٦٤/٦) ، (٣٧١/٨) ، الأحكام السلطانية صـ٨٣ ، شرح المحلى مع حاشية الشيخ قليوبي (١٩٩/٤) . وهو المذهب عند الحنابلة . والإنصاف (٢٨٩/١٠) . وكشاف القناع (١٤٩/٦) ، ومطالب أولي النهى (٢٥٠/٦) . وذهب المالكية إلى أن المتاع إن كان بعينه فلصاحبه أخذه ، وإن تلف وكان موسرا وجبت قيمته ، وإن كان معسرا لم يتبع بشيء . المنتقى (١٨٣/٧) ، أحكام القرآن لابن العربي (١١٣/٢) ، الفواكه الدواني (٢١٧/٢) .

(٣) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

(٤) سورة المائدة : الآية ٣٣ .

(٥) في (م) : [آدمي] .

(٦) في (م) : [فلو] .

(٧) في (ص) ، (م) : [سعيد] ، والصواب ما أثبتناه .

(٨) هو : سعد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف الزهري . روى عن أبيه وأخيه المسور وغيرهما . وروى عنه ابنه إبراهيم ويحيى بن سعيد وابن عيينة وغيرهم . مات سنة سبع وعشرين ومائة . تهذيب التهذيب (٤٠٢/٣ - ٤٠٣) لسان الميزان (٢١/٣ - ٢٢) وسير أعلام النبلاء (٤١٨/٥ - ٤٢٠) .

(٩) هو : مسور بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف . أخو سعد . روى عن عبد الرحمن بن عوف مرسلا . الجرح والتعديل ٢٩٧/٨ ، ميزان الاعتدال (٤٢٩/٦) .

عن عبد الرحمن بن عوف قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يغرم صاحب السرقة إذا أقيم الحد »[١] .

٢٩٢١٢ - فإن قيل : هو مرسل لأن المسور بن إبراهيم لم يلق جده عبد الرحمن بن عوف[٢] .

٢٩٢١٣ - قلنا : لا يضرنا إرساله ، وإن[٣] كان من أصلنا قبول المراسيل . لاسيما إذا أرسلها مثل[٤] سعد[٥] بن إبراهيم ، وهو في الصحيحين وأبوه وابنه . وقيل لأحمد بن حنبل : لم يرو مالك عن سعد[٦] . فقال : سعد[٧] خير من مالك ، وقد روى مالك عن رجلين عنه[٨] .

٢٩٢١٤ - فإن قيل : معناه أنه لا يغرم أجرة قاطع يد .

٢٩٢١٥ - قلنا : بل ظاهره يقتضي[٩] نفي كل غرم . وعندكم يغرم أجرة القاطع إذا لم يكن في بيت المال شيء . فالخبر دلالة عليكم في الموضعين .

٢٩٢١٦ - فإن قيل : معناه لا يضاعف عليه الغرم ، كما روي في حريسة الجبل فيها غرامة مثلها وجلدات نكال[١٠] .

٢٩٢١٧ - قلنا : الظاهر يقتضي نفي كل غرم . على أن غرم المسلمين لم يثبت في الشرع إلا مع سقوط القطع ؛ لأنه ﷺ قال في حريسة الجبل : « غرامة مثلها وجلدات نكال . فإذا آواها المراح وبلغت ثمن المجن ففيها القطع »[١١] .

٢٩٢١٨ - ولأنه فعل [تعلق به معنى مسقط][١٢] [معنى ثبت مع][١٣] يتعلق به

---

(١) أخرجه النسائي في السنن الكبرى (٣٥٠/٤) برقم ٧٤٧٧ .

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (١٨٢/٣) برقم ٢٩٧ .

(٣) في (م) : [إذا] .

(٤) ساقطة من (ص) .

(٥) في (ص) ، (م) : [سعيد] . والصواب ما أثبتناه .

(٦) في (ص) ، (م) : [سعيد] . والصواب ما أثبتناه . والقائل هنا هو علي بن المديني . وقد قال ذلك ؛ لأن سعدًا كان لا يحدث بالمدينة . فلم يكتب عنه مالك ولا أهل المدينة . انظر : تهذيب الكمال (٢٤٤/١٠) .

(٧) في (م) ، (م) : [سعيد] . والصواب ما أثبتناه .

(٨) انظر : البخاري في تاريخه الكبير (٥١/٤) .

(٩) ساقطة من (ص) .

(١٠ ، ١١) سبق تخريجه .

(١٢) توجد هنا في الإحالة التي على هامش (ص) كلمة مطموسة غير مقروءة .

(١٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

حد ومهر ، وقتل العمد لا يتعلق به قصاص ودية .

٢٩٢١٩ - فإن قيل : لا نسلم أنهما يتعلقان بفعل واحد . لأن الضمان يتعلق [١] بالأخذ ، والقطع يجب بالإخراج من الحرز .

٢٩٢٢٠ - قلنا : من نام في المسجد أو في الطريق فأخذ رجل ثوبه من تحت رأسه وجب عليه عندهم قطع وضمان ، وتعلقا بفعل واحد ، على أن القطع يجب بالأخذ إذا انضم إليه الإخراج من الحرز والضمان يجب بالأخذ فإن تم الفعل بالإخراج استقر الحد وسقط الضمان ، وإن لم يتم استقر الضمان وسقط القطع .

٢٩٢٢١ - فإن قيل : يبطل بمن [شرب خمر ذمي .

٢٩٢٢٢ - قلنا [٢]] أكره امرأة على الزنى [فأفضاها .

٢٩٢٢٣ - قلنا] [٣] : وجب الحد بالتقاء الختانين والضمان بتجاوز ذلك الموضع المعتاد وبالوطء .

٢٩٢٢٤ - قالوا : إذا زنى في الحج وجب الحد والكفارة .

٢٩٢٢٥ - قلنا : الكفارة تتعلق بهتك حرمة الإحرام ، ولهذا تجب الكفارة بوطء زوجته .

٢٩٢٢٦ - قالوا : إنما لا يجتمع الدية والقصاص ؛ لأنهما بدلان عن مبدل واحد .

٢٩٢٢٧ - قلنا : كما لا يجتمع بدلان عن مبدل واحد كذلك لا يتعلق بفعل واحد أمران يتنافيان . ولأن الضمان سبب مختلف في وقوع الملك فيه فلم يجتمع معه قطع كالقبضة في البيع الفاسد . ولأنه إيقاع فعل في عين يتعلق به إتلاف طرف فإذا استوفى به الطرف لم يجب المال كمن قطع يد غيره ولا يلزم من قطع يمين رجلين . لأن كل واحد من الفعلين تعلق به قطع طرف بكماله ولم يستوف ذلك ، وإنما استوفى بعض الطرف ، وهذه المسألة مبنية على أن الضمان يثبت [٤] الملك في المضمون وأنه إذا ضمن ثبت له حكم الملك من حين يضمن ، ولهذا لو باع الغاصب ثم ضمن بعد بيعه [ولو] كان اكتسب استحق الكسب وحكم الملك ينافي القطع . وقد ثبت القطع بالإجماع فوجب إسقاط ما ينافيه .

٢٩٢٢٨ - ولا يلزم إذا غصب جارية فزنى بها ثم هلكت فضمن قيمتها . لأن الحد

---

(١) في (م) : [يجب] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٣) في (م) : [فصا] .

(٤) في (م) : [سبب] .

يسقط ذكر أبو يوسف ذلك في الإملاء [١] .

٢٩٢٢٩ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ [٢] وقال : ﴿ وَجَزَٰٓؤُا۟ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ﴾ [٣] .

٢٩٢٣٠ - قلنا : حقيقة اللفظ يقتضي الاعتداء على الأنفس دون المال . ولأن المثل عبارة عن الواجب بالفعل . بدلالة قوله تعالى : ﴿ مَن جَآءَ بِٱلْحَسَنَةِ [فَلَهُۥ] [٤] عَشْرُ أَمْثَالِهَا وَمَن جَآءَ بِٱلسَّيِّئَةِ فَلَا يُجْزَىٰٓ إِلَّا مِثْلَهَا ﴾ [٥] فجعل الثواب والعقاب مثلا للعمل . والمثل الواجب بالسرقة عندنا هو القطع . ورغم مخالفنا أن هاهنا مثلا آخر وهو الضمان . ولأنه لا يدل على إيجاب المثلين .

٢٩٢٣١ - قالوا : قال النبي ﷺ : « على اليد ما أخذت حتى ترد » [٦] .

٢٩٢٣٢ - قلنا : هذا لا يقال إلا مع بقاء العين ، وعندنا الرد واجب ، وإنما اختلف إذا سقط وجوب الرد ما الواجب ؟ والخبر لا يدل على ذلك .

٢٩٢٣٣ - قالوا : كل مال وجب القطع مع وجوب رده وجب القطع مع وجوب رده . أصله : إذا كان السارق باعه من رجل فإن السارق [٧] يقطع ، ويلزمه رد الثمن وإن كان تالفا وجب رد بدله على المشتري .

٢٩٢٣٤ - قلنا : نقول بموجب هذه العلة ؛ لأن عندنا نقطع السارق مع وجوب رد البدل عليه ، وإنما يسقط البدل منه بالقطع . فأما حال الابتداء فالقطع والضمان لم يسقط . ولأن هذا التعليل لوجوب القطع وهو موضع اتفاق ، وإنما يجب أن يقع التعليل لبقاء الضمان بعد القطع . فأما وجوب رد الثمن وبدله فلا تعلق للقطع به ؛ لأن السارق يقطع أخذ الثمن أو لم يأخذ فلما لم يتعلق القطع بذلك لم يؤثر فيه اختلاف أحواله .

٢٩٢٣٥ - فأما الضمان الواجب على السارق المسروق منه فيتعلق بما تعلق به القطع [٨] فجاز أن يختلف [حاله مع] [٩] استيفائه .

---

(١) الإملاء : كتاب لأبي يوسف . رواه بشر بن القاضي ، ويحتوي على ستة وثلاثين كتابًا . انظر : الفهرست لابن النديم ص ٢٨٦ .
(٢) سورة البقرة : الآية ١٩٤ .
(٣) سورة الشورى : الآية ٤٠ .
(٤) ساقطة من (م) .
(٥) سورة الأنعام : الآية ١٦٠ .
(٦) أخرجه الدارمي في سننه (٣٤٢/٢) برقم ٢٥٩٦ .
(٧) في (ص) : [سراق] .
(٨) في (ص) : [القطع به] .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش وهو مطموس .

٢٩٢٣٦ - قالوا : إذا وجب القطع مع وجوب رد العين المسروقة وجب أن [يجتمع مع] [1] بدلهما من المثل أو [2] القيمة . لأن البدل قائم مقام العين فإذا اجتمع مع المبدل [وجب اجتماعه مع البدل .

٢٩٢٣٧ - قلنا : قد بينا أن القطع واجب مع رد العين ومع وجوب رد بدلهما ، ويسقط رد البدل باختيار المالك بالمطالبة بالقطع .

٢٩٢٣٨ - فإن عللوا بالوجوب رد البدل بعد القطع علة للسرقة يمتنع أن يجب رد العين القائمة ، ولا يجب رد بدلها] [3] إذا أتلفت كما يجب على الوارث رد الودائع التي عند الميت ، ولا يجب رد بدلها إن تلفت وكذلك [4] الثوب [إذا ألقته] [5] الريح [في دار إنسان] [6] والعبد إذا سرق من دار سيده وجب عليه رد العين القائمة فلا يجب رد بدلها إذا تلفت .

٢٩٢٣٩ - قالوا : القطع والقيمة حقان لمستحقين فجاز اجتماعهما في فعل واحد أصله إذا قتل صيدا مملوكا وجب الجزء والقيمة .

٢٩٢٤٠ - قلنا : إذا [7] أردتم جواز اجتماع وجوبهما . قلنا : بموجبه . لأن [8] السارق يجب عليه [قطع وضمان] [9] كل واحد من الأمرين [مراعى فإذا استوفى] [10] القطع سقط [الضمان .

٢٩٢٤١ - فإن أرادوا أجزاء اجتماع الاستيفاء انتقض] [11] بمن وجب عليه قطع [12] [بالسرقة والقصاص] [13] والقتل [14] بالقصاص والرجم أنها حقان

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش وهو مطموس .
(٢) في (م) : [و] .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش وهو مطموس .
(٤) في (م) : [فكذلك] .
(٥ ، ٦) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش وهو مطموس .
(٧ ، ٨) ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش وهو مطموس .
(٩) في (م) : [القطع والضمان] .
(١٠ ، ١١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش وهو مطموس .
(١٢) في (م) : [القطع] .
(١٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش وهو مطموس .
(١٤) في (ص) : [قتل] .

مستحقان ، ولا يجوز اجتماعهما [١] في الاستيفاء [٢] والمعنى في الجزاء [٣] والقيمة في مال نفسه من وجوب الضمان المثبتة له حكم المالك لا تنفيه كما لا تنفيه نفس الملك . والقطع لا يجوز وجوبه في ملك نفسه ما لضمان ينافيه لأنه [٤] مختلف في إيجابه حكم الملك من حين أخذه [٥] .

٢٩٢٤٢ - قالوا : أتلف [٦] مال غيره متعديا من غير يدين [٧] ولا تأويل فلزمه ضمان [٨] كالغاصب .

٢٩٢٤٣ - قلنا : يبعد بالعبد [إذا أتلف مال مولاه . ولأنا نقول بموجبه لأن الإتلاف] [٩] تعلق به ضمان [١٠] عندنا وسقط الملك باختياره المطالبة بالحد كما سقط بعد وجوبه [١١] بالبراءة . و [المعنى في الغاصب أنه لم يلزمه] [١٢] عقوبة لا يجوز إيجابها في ماله . فكذلك جاز استيفاء الضمان ، ولما وجب على السارق عقوبة لا يجوز إيجابها في ملكه لم يجز استيفاء الضمان معها . لأنه اختلف في ثبوت حكم الملك به .

٢٩٢٤٤ - قالوا : سرقة يجب ردها عند بقائها فوجب الضمان عند فواتها أصله إذا سرق [ربع دينار] [١٣] وسرق ما يسرع إليه الفساد .

٢٩٢٤٥ - [قلنا : لا يخلو إما] [١٤] أن يقطع في [هذا أو لا] [١٥] يقطع [فإن رأى الإمام] [١٦] إيجاب القطع سقط الضمان [١٧] عندنا ، وإن رأى [١٨] إسقاط القطع وجب الضمان كما لو سرق عشرة درهم سقط القطع فيها بشبهة .

* * *

---

(١) في (ص) : [اجتماعها] .
(٢ ، ٣) ساقطة من صلب (ص) واستدرك في الهامش وهو مطموس .
(٤) في (م) : [بأنه] .
(٥) في (م) : [الأخذ] .
(٦) في ٠ ص) : [تلف] .
(٧) غير في (ص) .
(٨) في (م) : [الطمان] .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش وهو مطموس .
(١٠) في (م) : الضمان] .
(١١) في (م) : [وجوه] .
(١٢ - ١٦) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش وهو مطموس .
(١٧) ما في (ص) : [ضمان] .
(١٨) في (ص) : [رى] .



[حكم السارق من ذي رحم]

٢٩٢٤٦ - قال أصحابنا : إذا سرق من ذي رحم محرم [1] لم يقطع [2] .

٢٩٢٤٧ - وقال الشافعي : إن [3] سرق [ممن لا دية] [4] بينه وبينه قطع [5] .

٢٩٢٤٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَلَا عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَن تَأْكُلُوا۟ مِنۢ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ ءَابَآئِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَٰتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَٰنِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَٰتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَٰمِكُمْ ﴾ [6] . فأباح [7] سبحانه الأكل من بيوت محارمه ، ولم يشرط الأذن . وهذا [يفيد إباحة] [8] الدخول . وذلك يمنع وجوب القطع .

٢٩٢٤٩ - فإن قيل : أجمعنا أنه لا يجوز الأكل بغير إذن . والأذن شرط [9] .

٢٩٢٥٠ - قلنا : لو شرط الإذن سقط التخصيص . لأن الإذن يبيح الأكل من

---

(١) كالأخ والأخت والعم والعمة والخال والخالة . وفتح القدير (٣٨٠/٥) .

(٢) انظر : معين الحكام صـ١٨٦ ، والجامع الصغير صـ٢٩٧ ، ودرر الحكام (٧٩/٢) . والفتاوى الهندية (١٨١/٢) ، وبداية المبتدي صـ١١١ . والبحر الرائق (٦٢/٥) . وحاشية ابن عابدين (٩٧/٤) . والجوهرة النيرة (١٦٧/٢)، ومجمع الأنهر (٦٢٠/١) . وهي رواية عن الإمام أحمد . الإنصاف (٢٨٠/١٠) .

(٣) في (م) : [إذا] .

(٤) ما بين المعكوفين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٥) انظر : مغني المحتاج (٤٧١/٥) ، وأسنى المطالب (١٤٠/٤) ، وروضة الطالبين (١٢٠/١٠) ، وفتح العزيز (١٩١/١١) ، وشرح المحلي على المنهاج (١٨٩/٤) ، وتحفة المحتاج (١٣٠/٩) ، ونهاية المحتاج (٤٤٤/٧) ، وهو المذهب عند الحنابلة . انظر : الإنصاف (٨٢٠/١٠) . انظر : كشاف القناع (١٤١/٦) ، والمغني (١١٧/٩) . وذهب المالكية إلى عدم القطع بسرقة الأب أو الأم من ابنهما ، ويقطع الابن في السرقة من والديه ، وكذلك سائر المحارم . انظر : التاج المذهب (٢٥١/٤) ، وحاشية العدوي (٣٣٢/٢) ، والمدونة (٥٣٥/٤) . وقالت الظاهرية : القطع واجب على من سرق من ولده أو والده أو من محارمه . انظر : المحلي (٣٣٤/١٢) .

(٦) سورة النور : الآية ٦١ .

(٧ ، ٨) ما بين المعكوفين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٩) في (م) : [شروط] .

الأجنبي [وإنما المراد بالآية إباحة] [١] الأكل إذا كان ذلك غير ممانع للتبسيط فيكون الإذن بالعادة فسقط اعتبار الإذن بالنطق .

٢٩٢٥١ - فإن قيل : روي أنها نزلت على سبب وهو أن المسلم كان إذا خرج غازيا استخلف على بيته أقاربه [٢] وأذن لهم في الأكل . فلما أمروا بالمناصحة ونهوا عن الخيانة امتنعوا من الأكل مع الإذن فنزلت الآية في إباحة ذلك [٣] .

٢٩٢٥٢ - قلنا : وقد قيل : إن الآية [نزلت في الأكل] [٤] من هذه البيوت إذا لم يجد الإنسان في بيته طعاما .

٢٩٢٥٣ - قالوا : عهد ومن الناس من حمل هذه الآية على إباحة أكل طعام الأقارب من غير إذن .

٢٩٢٥٤ - وهذا الاختلاف شبهة في إسقاط القطع .

٢٩٢٥٥ - فإن قيل : ذكر في الآية ﴿ أَوْ صَدِيقِكُمْ ﴾ .

٢٩٢٥٦ - قلنا : هذا ظاهر يقتضي سقوط القطع عنه لولا قيام الدليل ، ولأنه إذا عزم على سرقة مال صديقه فليس بصديق عند الأخذ فيجب عليه القطع ؛ ولأنه [٥] ذو رحم محرم كالأب ولا تجوز مناكحته على التأبيد لأجل القرابة .

٢٩٢٥٧ - فإن قيل : هذا الوصف صح [٦] في سرقة الرجل من المرأة ، ولا يصح في سرقة رجل [٧] من رجل [٨] ولا امرأة [٩] من امرأة [١٠] .

٢٩٢٥٨ - قلنا : إذا ثبت هذا [١١] بطل قول مخالفنا . وليس يلزمنا أن ينصب علة تعم مواضع الخلاف على أن التعليل يقع لجهة القرابة التي هي الأخوة والعمومة وتلك الجهة تثبت تحريم المناكحة ممن تصح مناكحته .

٢٩٢٥٩ - فإن قيل : اعتبار تحريم المناكحة لا يصح ؛ لأن الرضاع يتعلق به تحريم

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٢) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٣) تفسير القرطبي ٣١٢/١٢ ، تفسير الطبري ١٦٩/١٨ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٥) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٦) في (م) : [يصح] .

(٧ ، ٨) في (م) : [الرجل] .

(٩ ، ١٠) في (م) : [المرأة] .

(١١) في (م) : [في هذا] .

المناكحة على التأبيد ولا يؤثر في القطع .

٢٩٢٦٠ - قلنا : لم نعلق الحكم بالتحريم . وإنما [١] علقنا [٢] بالقرابة الكاملة . وجعل تحريم المناكحة حقيقة [٣] كمال القرابة ، فمجرد التحريم إذن لم يؤثر في هذا الحكم فلم يلزمنا .

٢٩٢٦١ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [٤] . وبقوله ﷺ : « القطع في ربع دينار » [٥] .

٢٩٢٦٢ - قلنا : المراد به إذا سرق مالا من غير شبهة . ولا نسلم ارتفاع الشبهة في مال الأخ . ولأنه عموم مخصوص بما ذكرنا .

٢٩٢٦٣ - قالوا : قرابة لا يتعلق بها رد الشهادة فلا يتعلق بها سقوط القطع كابن العم .

٢٩٢٦٤ - قلنا : ابن العم عكس مسألتنا [٦] . لأنه قرابته لم تكمل . بدلالة أنها لا تحرم المناكحة . وقرابة الأخ كاملة على أن الأخ ألحق بابن العم في جواز الشهادة وجريان القصاص . ولحق [٧] بالولد في التحريم الدال على كمال القرابة . وفي حجب الأم كما يحجبها الولد وفي مشاركة الحد عندهم . وإذا كاد [٨] به أصلان [٩] كان ما يوجب سقوط الحد أولى مما يوجب ثبوته . وكان اعتبار ما يؤدي إلى صلة الرحم أولى مما يؤدي إلى قطعها .

٢٩٢٦٥ - وقولهم : إن النفقة لا تجب له مع اختلاف [١٠] الدين . ولا تدخل في الكتاب يدل على الشبه بابن العم .

٢٩٢٦٦ - وقد بينا شبهه بالوالدين من الوجه الذي بينا .

* * *

---

(١) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٢) في (م) : [علقناه] .

(٣) في (م) : [حتفه] .

(٤) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

(٥) سبق تخريجه .

(٦) في (م) : [علتنا] .

(٧) في (م) : [ألحق] .

(٨) في (م) : [تجاد] .

(٩) في (م) : [الأصلان] .

(١٠) في (م) : [إخلاف] .

مسألة ١٤٤٩

[سرقة أحد الزوجين من الآخر]

٢٩٢٦٧ - قال أصحابنا : إذا سرق أحد الزوجين من الآخر لم يقطع [١] . وهو قول الشافعي : في المزني [٢] .

٢٩٢٦٨ - وقال في اختلاف الأوزاعي : يقطع كل واحد منهما بسرقة الآخر [٣] .

٢٩٢٦٩ - وله قول ثالث : أن المرأة لا تقطع ويقطع الزوج [٤] .

٢٩٢٧٠ - لنا : ما روى مالك عن ابن شهاب عن السائب بن يزيد أن عبد الله بن عمرو [٥] الحضرمي [٦] جاء بغلام له إلى عمر بن الخطاب . فقال له : اقطع يد هذا فإنه سرق . فقال عمر : ماذا سرق ، قال : سرق مرآة لامرأتي قيمتها ستون درهما . فقال عمر : أرسله فليس عليه قطع فخادمكم سرق متاعكم [٧] . وإذا أسقط القطع عن عبد الزوج في مال الزوجة فلأن يسقط عن الزوج أولى ولا يحمل هذا على أنه سرق من البيت المأذون في دخوله ؛ لأنه لم يستفصل ولأنه علل بأنه [٨] غلامهم . ولأنه بينهم سبب يوجب التوارث من غير حجب أو يوجب التوارث في جميع الأحوال كالوالد والولد .

٢٩٢٧١ - فإن قيل : الوصف غير مؤثر . لأن الحدود لد [٩] الولد يحجبون ولا يقطعون .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (٢٢٠/٣) ، والهداية (٣٨٢/٥) ، والجوهرة النيرة (١٦٧/٢) . والمبسوط (١٩٠/٩) وبدائع الصنائع (٧٦/٧) . وحاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٢٢١/٣) ، وفتح القدير (٣٨٣/٥) . وهو أحد الروايتين عند الحنابلة واختاره الأكثر . الفروع (١٣٣/٦) ، وكشاف القناع (١٤٢/٦) ، وشرح منتهى الإرادات (٣٧٦/٣) .

(٢) انظر : مختصر المزني ، الأم (٣٧١/٨) .

(٣) وهو اختيار المزني .انظر الأم (٣٧١/٨) ، والحاوي (٢٢٦/١٧) .

(٤) حكاه الحارث بن سريج النقال . الحاوي (٢٢٦/١٧) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٦٥/٨) .

(٥) في (ص) و (م) [عمر] والصواب كما هو في موطأ مالك (٨٣٩/٢) .

(٦) هو : عبد الله بن عمرو الحضرمي . حليف بني أمية . ولد في حياة النبي ﷺ . روى عن عمر ، وروى عنه السائب بن يزيد . كان ثقة قليل الحديث . انظر : تهذيب التهذيب (٢٩٨/٥) ، الطبقات الكبرى (٦٤/٥) .

(٧) أخرجه مالك في الموطأ ٨٣٩/٢ رقم (١٥٢٩) والشافعي في مسنده صـ٢٢٥ .

(٨) في (م) : [أنه] .

(٩) هكذا في (ص) و (م) . ولعل صحة العبارة [لا تجرى بين الوالد و] .

٢٩٢٧٢ - قلنا : هذا يؤكد العلة ؛ لأنه إذا سقط القطع مع الحجب فمن [1] لا يحجب سببه أقوى فهو بإسقاط القطع أولى . ولأن كل واحد من الزوجين يبسط في مال الآخر في العادة فمنع ذلك القطع كالوالد والولد .

٢٩٢٧٣ - فإن قيل : قد يجوز كل واحد ماله عن الآخر .

٢٩٢٧٤ - قلنا : هذا لا يمنع التبسط . ولأنه من أصلنا أن شهادة أحدهما لا تقبل للآخر كالوالد والولد . ولأن [نفقتها] [2] تلزمه ، ولم يقطع في ماله كالولد مع الوالد .

٢٩٢٧٥ - فإن قيل : الوالد إذا وطئ جارية الولد ولم يدع شبهة لم يحد و [3] الزوج يحد .

٢٩٢٧٦ - قلنا : الابن إذا وطئ جارية أبيه ولم يدع شبهة حد ، وإن ساوى الأب في سقوط القطع .

٢٩٢٧٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [4] وبقوله ﷺ « لا قطع إلا في ربع دينار » .

٢٩٢٧٨ - قلنا : اتفقنا أن المراد به سرقة مال لا شبهة فيه ، ونحن لا نسلم ارتفاع الشبهة في مسألتنا .

٢٩٢٧٩ - قالوا : بينهما عقد على منفعة فأشبه عقد الإجارة .

٢٩٢٨٠ - قلنا : يبطل إذا سرق من البيت الذي هما فيه .

٢٩٢٨١ - فإن قالوا : العقد لم يمنع وإنما منع الإذن في دخول الحرز .

٢٩٢٨٢ - قلنا : فكذلك العقد عندنا لم يسقط القطع ، وإنما أسقط التبسط في المال . ولأن عقد النكاح لا يجوز اعتباره بالإجارة في إثبات الحدية . بدليل : أن الإجارة لا يثبت بها [5] التوارث والنفقة وتحمل الفطرة [6] عندهم فكذلك يجوز أن يثبت النكاح حرمة تسقط القطع فلا يثبت [ذلك في] [7] الإجارة .

٢٩٢٨٣ - قالوا : يجرى بينهما القصاص [فإذا وجب القصاص وجب القطع .

---

(١) في (م) : [ومن] .
(٢) في (م) : [نفقتهما] .
(٣) ساقطة من (م) .
(٤) سورة المائدة : الآية ٣٨ .
(٥) في (م) : [منها] .
(٦) غير واضحة في (ص) .
(٧) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش وهي مطموسة .

٢٩٢٨٤ - قلنا : الابن يجب عليه القصاص] [1] بالجناية على أبيه ، ولا يقطع في ماله على أن حرمة النفس أقوى من حرمة المال . فيجوز أن يقتص منه بقتلها لقوة الحرمة وما [2] يقطع في مالها لأجل ضعف الحرمة .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٢) في (م) : [فلا] .


مسالة ١٤٥٠

[السرقة من المستامن]

٢٩٢٨٥ - قال أصحابنا : إذا سرق سارق مال المستأمن لم يقطع .

٢٩٢٨٦ - وقال الشافعي : يقطع .

٢٩٢٨٧ - لنا أنه حربي فلا يقطع في أخذ ماله ، كما لو أخذه قبل الأمان . ولأنه على حكم دار الحرب ، ولهذا لا تؤخذ [1] الجزية منه ولا نمنعه من العود ، فصار بقاؤه على حكم الحرب شبهة في سقوط القطع ؛ ولأن معنى الإباحة حاصل في ماله ؛ بدليل محظور حظرًا مؤجلًا ، ولهذا يزول الحظر بمضي المدة من غير إحداث سبب فيه ، ومعنى الإباحة شبهة في سقوط القطع .

٢٩٢٨٨ - احتجوا : بالظواهر . وقد أجبنا عنها .

٢٩٢٨٩ - قالوا : من ضمن ماله جاز أن يقطع سارقه كالذمي . [قالوا : ولأن كل حكم تعلق بأخذ مال الذمي تعلق بأخذ مال المستأمن كالضمان] [2] . ولأن المستأمن في عهده [3] المؤقت كالذمي في عهده المؤبد فجريا مجرى واحدًا .

٢٩٢٩٠ - قلنا : اعتبار القطع في الضمان فاسد ؛ لأن الولد والضيف [4] يجب عليهما الضمان ولا يجب عليهما القطع .

٢٩٢٩١ - واعتبار المستأمن بالذمي فاسد ؛ لأن معنى الإباحة لا يوجد في مال الذمي ؛ لأنه [5] محظور يتناوله على التأبيد ، والمستأمن حظر ماله مؤقت وإباحته منتظرة مترقبة ، فأوجب ذلك شبهة فيه . ولأن الذمي من أهل دارنا ، ولهذا لا يمكن من العود إلى دار الحرب والمستأمن من أهل دار الحرب ؛ بدلالة أنه لا [6] يمنع من العود إليها متى شاء إلا أن ماله حظر بالأمان ، فوجب ضمانه ؛ لأن الشبهة لا تؤثر في الضمان ، وسقط القطع والقصاص الذي يسقط بالشبهة .

---

(١) في (م) : [نأخذ] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٤) غير واضحة في (ص) ، وفي (م) : [والصف]، والمثبت من (ص) .

(٥) في (م) : [الذي لا] .

(٦) ساقطة من (م) .



سرقة المستامن

٢٩٢٩٢ - قال أبو حنيفة ومحمد : لا يقطع المستأمن إذا سرق ، ولا يقام عليه حد إلا حد القذف [١] .

٢٩٢٩٣ - وقال أبو يوسف : تقام عليه الحدود إلا حد الشرب [٢] .

٢٩٢٩٤ - وروى المزني عن الشافعي : أنه لا يقطع [٣] .

٢٩٢٩٥ - وقال في سير الأوزاعي : يقطع [٤] .

٢٩٢٩٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَٰمَ ٱللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُۥ ﴾ [٥] وهذا يمنع إقامة الحد عليه [٦] . ولأنه حد خالص لله تعالى كحد الزنى . ولا يلزم حد القذف : لأن حق الآدمي في المطالبة به ثابت فلم يخلص لله تعالى . ولأنه على حكم دار الحرب . ولهذا يترك بغير جزية . ولو سرق في دار الحرب لم يقطع كذلك في دار الإسلام . ولا يلزم حد القذف ؛ لأنه ضمنه لنا بالأمان أنه لا يتعرض لأعراضنا فأقيم الحد عليه بالتزامه ، لأنه لا حد يجب بالقذف إلا الحد . وضمن لنا أنه [٧] لا يتعرض لأموالنا فيجب عليه ضمانها ولا يجب الحق الذي يخلص لله تعالى .

٢٩٢٩٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [٨] وهو عموم مخصوص بما ذكرنا .

٢٩٢٩٨ - قالوا : من لزمه حد القذف لزمه القطع في السرقة كالذمي .

---

(١) انظر : الفتاوى الهندية (١٤٩/٢) ، وتبيين الحقائق (١٨٢/٣) ، وحاشية ابن عابدين (٨٣/٤) . وهو قول أشهب من المالكية . ورواية عن الحنابلة . وتبصرة الحكام (٢٤٧/٢) . والمغني (١١١/٩) .

(٢) انظر : شرح السير الكبير (١٨٥٢/٥) . وحاشية الشلبي على تبيين الحقائق (١٨٢/٣) .

(٣) انظر : الأم (١٦٠/٧ ، ٣٧٨) ، ومغني المحتاج (٤٩٠/٥) ، وأسنى المطالب (١٥٠/٤) .

(٤) انظر : الأم (٣٧٨/٧) ، والمهذب (٢٧٧/٢) - وهو قول ابن القاسم من المالكية . وجزم بالقطع أغلب كتب المذهب . انظر تبصرة الحكام (٢٤٧/٢) ، التاج والإكليل (٤٢٥/٨) ، وشرح مختصر خليل للخرشي (١٠٢/٨) . والمغني (١١١/٩) ، والإنصاف (٢٨١/١٠)

(٥) سورة التوبة : الآية ٦ .

(٦) ساقطة من (ص) .

(٧) في (ص) : [أنه] .

(٨) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

٢٩٢٩٩ - قلنا : حد القذف يجب على الابن بقذف أبيه ولا يجب القطع بسرقة ماله . فكذلك العبد مع مولاه والمعنى في الذمي : أنه يقام عليه حد الزنى وليس كذلك من مسألتنا ؛ لأنه [١] لما لم يقم عليه حد الزنى لم يقم عليه حد السرقة .

٢٩٣٠٠ - قالوا : حد يجب لصيانة حق المسلم كحد القذف .

٢٩٣٠١ - قلنا : حد القذف لا يخلص لله تعالى فيجب عليه كما تجب حقوق الآدميين . وحد السرقة يخلص لله تعالى كحد الزنى .

٢٩٣٠٢ - قالوا : من لزمه ضمان المال جاز أن يلزمه القطع في السرقة كالوصي .

٢٩٣٠٣ - قلنا : الضمان أوسع والقطع أضيق فلا يجعل أحد الأمرين علما على الآخر . والمعنى في الذمي أنه من أهل دارنا والحربي بخلافه .

* * *

(١) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .



مسألة ١٤٥٢

[سرقة الإناء الذي بلغت قيمته نصابا]

٢٩٣٠٤ - قال أبو حنيفة ومحمد : إذا سرق إناءً فيه خمر أو طعام وقيمة الإناء نصاب لا يقطع [١] .

٢٩٣٠٥ - وقال أبو يوسف : يقطع [٢] . وبه قال الشافعي [٣] .

٢٩٣٠٦ - لنا : أن المقصود بالسرقة ما في الإناء . بدلالة [أنه لو] [٤] قصد الإناء أراق ما فيه وأخذه . والمقصود بالسرقة إذا لم يجب فيه قطع لم يجب فيما يتبعه كمن سرق صبيًا حرًا [٥] عليه حلي أو كلبا عليه قلادة . ولا يقال : كل واحد منهما مقصود . لأن الأواني وما فيها يراد لأجله . ولأنه إذا احتمل صار الاحتمال شبهة في القطع .

٢٩٣٠٧ - فإن قيل : حلي الصبي في يده فلم يحصل في يد السارق . بدليل أن اللقيط إذا كان عليه حلي كان له .

٢٩٣٠٨ - قلنا : اليد تثبت على الصبي وعلى ما عليه ، وإنما يحصل له حكم اليد إذا لم يكن ممن يغلب عليه ، فإذا غلب عليه ونقله وهو ممن لا يحفظ نفسه ولا الأموال . فقد غلب على ما في يده و [٦] يبين هذا أن قلادة الدابة يحكم بها لصاحب الدابة فإذا [٧] سرق الدابة بقلادتها وجب عليه القطع ؛ لأنه غلب عليها ، وإن كانت القلادة لو لم تغلب على الدابة محكوم بها لصاحب الدابة . لأنه أقرب الناس إليها . لا لأن لها يدًا فالصبي مثله .

---

(١) انظر : فتح القدير (٦٣٨/٥) ، ومجمع الأنهر (٦١٧/١) - والمبسوط (١٨٩/٩) . وتبيين الحقائق (٢١٦/٣) - وهو المذهب عند الحنابلة . والإنصاف (٢٦١/١٠) . مطالب أولي النهى (٢٣٠/٦) ، وكشاف القناع (١٣١/٦) .

(٢) انظر : الفتاوى الهندية (١٧٧/٢ - ١٧٨) ، والجوهرة النيرة (١٦٦/٢) .

(٣) انظر : الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٥٣٧/٢) . وتحفة المحتاج (١٢٨/٩) . والتهذيب (٣٩٩/٧) ، وشرح المحلي على المنهاج (١٨٨/٤) . والمهذب (٢٨٠/٢) ، ومغني المحتاج (٤٦٩/٥) هو مذهب المالكية وهو الوجه الثاني عند الحنابلة انظر : وحاشية العدوي (٣٣٣/٢) ، وحاشية الدسوقي (٣٣٦/٤) ، والمغني (١١٥/٩) .

(٤) في (م) : [لو أنه] .

(٥) ساقط من (ص) .

(٦) ساقطة من (ص) .

(٧) في (م) : [فإن] .

٢٩٣٠٩ - احتجوا : بأن سرقة الإناء لو انفردت وجب فيها القطع . فإذا انضم إليها التراب صار كسرقة إناءين .

٢٩٣١٠ - قلنا : يبطل بالقلب [١] وقلادته والصبي وحليه . والمعنى في الإناءين [٢] أن أحدهما ليس بتابع للآخر فاعتبر كل واحد على حياله . والإناء يتبع ما فيه فالظاهر أنه هو المقصود فلما لم يقطع فيه [لم يقطع] [٣] في تبعه .

٢٩٣١١ - قالوا : سقوط الحد في أحد المسروقين لا يوجب سقوطه في الآخر أصله إذا سرقهما متفرقين .

٢٩٣١٢ - قلنا : يبطل بالصبي والحلي وبالمال المشترك . ولأنا نقول بموجبه ؛ لأن المسقط عندنا للقطع أنه لا يجب في المقصود بالسرقة فلم يجب بالتبع ، والمنفردان [٤] لا يتبع أحدهما الآخر .

٢٩٣١٣ - قالوا : سرق نصابا مقدرا من حرز مثله لا شبهة فيه وهو من أهل القطع .

٢٩٣١٤ - قلنا : لا نسلم ذلك . لأن سقوط القطع في المتبوع شبهة في التابع .

* * *

(١) هكذا في (ص) و (م) ولعل الصواب [بالكلب] .

(٢) في (م) : [الإناء] .

(٣) ما بين المعكوفين ساقط من (م) .

(٤) في (ص) : [المنفرد] .



[اختلاف الشهود في صفة المسروق]

٢٩٣١٥ - قال أبو حنيفة : إذا شهد شاهد أنه سرق بقرة سوداء ، وقال الآخر بيضاء قبلت الشهادة وقطع [١] .

٢٩٣١٦ - وقال أبو يوسف ومحمد : لا تقبل الشهادة [٢] [ولا يقطع] [٣] . وبه قال الشافعي [٤] .

٢٩٣١٧ - وروى أبو حفص : أنه إذا قال أحدهما : سرق ثوبا هرويا . وقال الآخر مرويا على الخلاف [٥] .

٢٩٣١٨ - لنا : أنهما اختلفا فيما لا تفتقر صحة الشهادة إلى ذكره ، ويمكن التوفيق بين الشهادتين فصار كما لو قال أحدهما : سرق وهو لابس . وقال الآخر : لم يكن قميص أو قال أحدهما : كان مفتوح العينين . وقال الآخر : غمض أحد [٦] عينيه .

٢٩٣١٩ - والدليل على أن الاختلاف فيما لا تفتقر الشهادة إلى ذكره أنهما لو قالا : سرق بقرة وسكتا عن لونها جاز ، وإنما قلنا : إنه يمكن التوفيق بين الشهادتين لأنه يجوز [٧] أن يكون أحد جانبي البقرة أسود والآخر أبيض فرأى كل واحد منهما جانبا أو [٨] كانت

---

(١) انظر : مجمع الأنهر (٢٠٧/٢) ، والبحر الرائق (١١٦/٧) ، وبداية المبتدي صـ١٥٦ ، والجامع الصغير صـ٣٩١ . وهو قول أبي الخطاب من الحنابلة والظاهرية . انظر : المغني (١١٨/٩) ، والمحلى (٣٣٢/١٢) .

(٢) انظر : حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٢٣٣/٤) ، وفتح القدير (٤٤٥/٧) ، ودرر الحكام ٣٨٧/٢ .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) انظر : الأم (٥٥/٧) ، وأسنى المطالب (١٥٢/٤) ، وروضة الطالبين (١٤٦/١ - ١٤٧) . وهو مذهب المالكية . انظر : المدونة (٥٣٨/٤) ، والإتقان والأحكام في شرح الحكام (٢٦٧/٢) ، ومذهب الحنابلة بخلاف أبي الخطاب . وانظر : المغني (١١٨/٩) ، وكشاف القناع (١٤٤/٦) ، ومطالب أولي النهى (٢٤٥/٦- ٢٤٦) .

(٥) القائل أن اختلاف الشهود في الثوب هرويا أم مرويًا على الخلاف هو أبو سليمان . أما أبو حفص فقد ذكر أن الشهادة لا تقبل إجماعا . انظر : البحر الرائق (٥٧/٥) . ووجه الفرق لأبي حنيفة : أن الهروى والمروي جنسان مختلفان ، وبيان الجنس من صلب الشهادة فكان الاختلاف فيها مانعا من قبولها . انظر : المبسوط (١٦٣/٩) .

(٦) في (م) : [إحدى] .

(٧) في (م) : [لا يجوز] .

(٨) في (م) : [لو] .

بلقاء [١] فغلب كل واحد منهما [٢] أحد اللونين ونسبها إليه ، ولا يلزم إذا اختلفا في المكان . لأن صحة الشهادة تفتقر إلى [ذكر ذلك] [٣] ولو سكتا عن المكان سألهما القاضي عنه .

٢٩٣٢٠ - ولا يلزم إذا شهد اثنان أنه زنى بها مطاوعة ، واثنان أنها مكرهة أن الشهادة لا تقبل ، وقد اختلفا فيما لا تفتقر الشهادة إلى ذكره ، ويمكن التوفيق بين الشهادتين . [لأنه] [٤] يجوز أن يكون ابتدأ الفعل بإكراه ثم طاوعت ، وذلك لأن المانع من قبول الشهادة ليس هو الاختلاف ، إنما هو شهود الطوع قذفه . والقاذف خصم فلا تقبل شهادته . فأما الهروي والمروي فلأن الثوب ينسب إلى مرو لصنعته حتى لو نسج ببغداد سمي مرويًا ، وقد ينسب إلى البلد فيجوز أن يكون أحد الشاهدين نسب الثوب إلى الصناعة والآخر إلى البقعة وإن كان ثوبا واحدا . ولا يلزم إذا شهد أحدهما أنه سرق ثورًا [٥] وقال الآخر بقرة . لأن علامة الذكر لا تشكل بعلامة الأنثى فلا يمكن الجمع بين الشهادتين . فإن قيل [٦] احتمل الخلاف ما ذكرتم واحتمل غيره صار شبهة في سقوط القطع [٧] .

٢٩٣٢١ - قلنا : الشهود أمناء فإذا أمكن حمل قولهم على الصحة كان أولى من حمله على الفساد ، وإذا صححنا الشهادة ثبت الحق تابعا لها .

٢٩٣٢٢ - احتجوا : بأن إحدى العينين غير الأخرى فصار كما لو شهد أحدهما بثور والآخر ببقرة . و [٨] لأن اختلاف الصفة يوجب اختلاف الموصوف كالجنس .

٢٩٣٢٣ - الجواب : ما بينا أن اختلاف اللون قد يكون مع اتفاق العين .

٢٩٣٢٤ - وقولهم : إن اختلاف الصفة يوجب اختلاف الموصوف .

٢٩٣٢٥ - وقد بينا [٩] أن الصفة تختلف والموصوف واحد .

* * *

---

(١) البلقاء : هي التي فيها سواد وبياض . طلبة الطلبة مادة (بلق) .

(٢) ساقط من (م) .

(٣) في (م) : [ذكره لك] .

(٤) في (م) : [لا] .

(٥) في (م) : [ثوبا] .

(٦) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٧) في (م) : [الغير] .

(٨) ساقطة من (ص) .

(٩) في (م) : [ثابت] .

مسألة ١٤٥٤

[سرقة الصليب والصنم والملاهي]

٢٩٣٢٦ - قال أصحابنا : إذا سرق صليبًا من ذهب أو صنمًا لم يقطع . وكذلك إذا سرق طبلًا أو بربطًا (١) .

٢٩٣٢٧ - وقال الشافعي : يقطع في الصليب والصنم (٢) .

٢٩٣٢٨ - ومن [أصحابنا] من قال في الملاهي : إذا كانت لو فصلت بلغت النصاب قطع فيها .

٢٩٣٢٩ - لنا : أن الأصنام يجب كسرها ، ومن الفقهاء من قال (٣) يجب أخذ الملاهي وكسرها فصار الأخذ مع الشبهة مسقطا للقطع كأخذ الخمر وسرقة الأشربة المختلف فيها (٤) . ولأن الصليب يعد للمعصية كالخمر . ولا يلزم أواني الذهب . [لأنها] (٥) تعد للتجمل والتمول . وذلك ليس بمعصية . ولأن المقصود من هذه الأعيان ليس بمال . لأن المقصود من الملاهي اللهو ، ومن الصليب عبادته ، والمقصود بالسرقة إذا لم يكن مالا لم يجب القطع كمن سرق صبيا حرًا عليه حلي .

٢٩٣٣٠ - ولأن أخذهما فيه شبهة . لأنه قد يأخذها ليمنع من استعمالها على طريق الأمر بالمعروف . والأخذ إذا دخله شبهة لم يجب القطع كأخذ الغريم ، وأخذ الأب من

---

(١) البربط : من ملاهي العجم ولهذا قيل : إنه معرب . وتسميه العرب : المزهر والعود . انظر : المصباح المنير مادة (بربط) . وتحفة الفقهاء (١٥٤/٣) ، وبداية المبتدى صـ١١١ ، ودرر الحكام (٧٩/٢ - ٨٠) ، والجوهرة النيرة (١٦٦/٢) وحاشية ابن عابدين (٩٢/٤) ، وتبيين الحقائق (٢١٧/٣) ، والهداية (٣٦٩/٥) - وهو مذهب الحنابلة . انظر : مطالب أولي النهى (٢٣٠/٦) ، وشرح منتهى الإرادات (٣٦٩/٣) ، وكشاف القناع (١٣٠/٦ - ١٣١) .

(٢) انظر : حاشيتي قليوبي وعميرة (١٨٨/٤) ، ونهاية المحتاج (٤٤٢/٧) . والحاوي (٢٣٣/١٧) وهو المالكية . انظر : التاج المذهب (٢٤٣/٤) ، وحاشية الصاوي (٤٧٤/٤) ، وحاشية الدسوقي (٣٣٦/٤) .

(٣) في (م) : [يقول] .

(٤) منهم أبو يوسف ومحمد من الحنفية . انظر : بدائع الصنائع (١٢٩/٥) . وكذا الشافعية . حيث يحرم الانتفاع بها ولا حرمة في صنعتها . للحديث الذي رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ : « والذي نفسي بيده ليوشكن أن ينزل فيكم ابن مريم حكما مقسطا فيكسر الصليب ويقتل الخنزير ويضع الجزية ويفيض المال حتى لا يقبله أحد » أخرجه البخاري في صحيحه (٧٧٤/٢) رقم (٢١٠٩) انظر أسنى المطالب (٣٤٤/٢) .

(٥) في (م) : [ولأنها] .

مال الابن والأخذ من الغنيمة .

٢٩٣٣١ - احتجوا : بأنه سرق نصابا مقدرًا [١] من حرز مثله لا شبهة فيه وهو من أهل القطع .

٢٩٣٣٢ - قلنا : لا نسلم انتفاء الشبهة ؛ لأنه إذا كان يجوز أخذه للكسر والمنع من تعظيمه صار ذلك شبهة في الأخذ ، وقياسهم على سائر الأموال لا يصح . لأنه متى كان شبهة في أخذها سقط عنه القطع فلا فرق بين الأصل والفرع .

٢٩٣٣٣ - قالوا : ما وجب القطع فيه غير معمول وجب في معموله .

٢٩٣٣٤ - قلنا : إن قلتم وجب في معموله بكل حال لم نسلم ؛ لأن معمول الأجناس إذا وجدت الشبهة [فيه لم يجب القطع ....] [٢] . معموله أنه أعمل منه ما لا شبهة] [٣] في أخذه . فإذا اتخذ منه صليب أو شطرنج أو صنم فليس العمل هو المسقط للحد . وإنما أسقطته الشبهة وهي تسقط الحد في الدنانير المتخذة من الذهب .

* * *

---

(١) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٢) هنا يوجد طمس في هامش (ص) ، ولعلها [والذي يقطع في] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

مسألة ١٤٥٥

[إذا نقب الحرز فادخل يده فاخذ مالا]

٢٩٣٣٥ - قال أبو حنيفة : إذا نقب البيت فأدخل يده فأخذ مالًا لم يجب عليه القطع [1] .

٢٩٣٣٦ - وقال الشافعي : يجب القطع [2] .

٢٩٣٣٧ - لنا : أنه لم يهتك الحرز المقصود . لأن المقصود في البيوت دخولها ونقصان الهتك كنقصان القدر ؛ لأن كل واحد منهما شرط في القطع وإذا أثر [3] أحدهما في سقوط القطع كذلك الآخر . ولا يلزم من سرق من الكم أو من صندوق الصيرفي ؛ لأن هتك هذا الحرز لا يمكن بدخوله . فالمقصود من هتكه إدخال اليد ، وقد وجد ذلك .

٢٩٣٣٨ - فإن قيل : إذا كان الهتك المقصود وجود الحرز ، وذلك لا يمكن في الكم فيجب أن يسقط القطع فيه ، وعلة المقصود لم توجد .

٢٩٣٣٩ - قلنا : الحكم يتعلق بوجود الهتك المقصود ، [وإدخال اليد في الدار دون المقصود ، وإدخال اليد في الكم هو المقصود] [4] . لأنه [5] غاية الهتك فيه فالمقصود أن الحكم فيهما بمعنى واحد وإن اختلف صورة الهتك . [ولأن الأخذ يستقر] [6] به الضمان فلا يجب به القطع كأخذ المنتهب . ولأنه أخذ لا يقطع به الردء فلا يقطع به المباشر كأخذ السيف . ولأنه لم يدخل الحرز الذي يمكن دخوله فلم يجب عليه القطع أصله إذا نقب فناوله الحرز من المال .

---

(١) وقال به محمد . انظر الجوهرة النيرة (١٦٩/٢) . وهو ظاهر الرواية . فتح القدير (٣٩٠/٥) ، والمبسوط (١٤٧/٩) . وقال أبو يوسف في الإملاء : يقطع . انظر : مجمع الأنهر (٦٢٢/١) ، وفتح القدير (٣٩٠/٥) والجوهرة النيرة (١٦٩/٢) .

(٢) انظر : الأم (٣٧٠/٨) ، وأسنى المطالب (١٤٢/٤) ، ومغني المحتاج (٤٧٦/٥) ، والمهذب (٢٧٩/٢) . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : الكافي ص ٥٨٠ ، والمدونة الكبرى (٥٣٠/٤) . وشرح منتهى الإرادات (٣٧١/٣) ، ومطالب أولي النهى (٢٣٤/٦) .

(٣) ما بين المعقوفتين في (م) إبراء .

(٤) ساقط من (م) .

(٥) في (م) : [ولأنه] .

(٦) ما بين المعكوفتين في (م) : [ولأنه أخذ ليستقر] .

٢٩٣٤٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [١] .

٢٩٣٤١ - قلنا : القطع لا يتعلق بمجرد الاسم باتفاق فيجب الرجوع إلى ما يدل عليه الدليل .

٢٩٣٤٢ - قالوا : روي أنه ﷺ قال : « فإذا آواه الجرين ففيه القطع » [٢] .

٢٩٣٤٣ - قلنا : عموم مخصوص بما ذكرنا .

٢٩٣٤٤ - قالوا : أخرج نصابا من الحرز فأشبه إذا دخل .

٢٩٣٤٥ - قلنا : إذا دخل فقد هتك الحرز بأخذ المال الهتك المقصود . وإذا أدخل يده فعلم بوجود ذلك ، والحدود إذا وجبت تعلقت بالمقصود من كل نوع ، وقد قال مخالفونا : إن شريحة الباقلي [٣] لا تكون حرزًا للجوهر . لأنه لا يحترز بها في العادة . فاعتبر المقصود من الإحراز . فما الذي ينكر أن يعتبر المقصود من الهتك .

٢٩٣٤٦ - فإن قيل : هتك الحرز قد حصل بالنقب .

٢٩٣٤٧ - قلنا : المعتبر أن يهتك الحرز بأخذ المال الهتك المقصود .

* * *

---

(١) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) في (ص) : [الباقلاي] ، وفي (م) : [الباقلاني] . ولعل الصواب ما أثبتناه أو : [الباقلاء] ، وكلاهما : نبات عشبي مثل الفول واللوبيا .

مسألة ١٤٥٦

[إذا كانوا جماعة فحمل المتاع بعضهم وأعان الآخر]

٢٩٣٤٨ - قال أصحابنا : إذا دخل جماعة الحرز وحمل المتاع بعضهم فعلى جماعتهم القطع (١) .

٢٩٣٤٩ - وقال الشافعي : يقطع المباشر الآخذ دون الباقين (٢) .

٢٩٣٥٠ - لنا : أنه حكم يتعلق بأخذ المال يحتاج فيه إلى المعاونة فجاز أن يشارك فيه المباشر من لم يباشر كالغنيمة ولا يلزم إذا وقف خارج الحرز . لأنا عللنا لجواز تعلق القطع لغير المباشر فلا يلزمنا أعيان المسائل . ولأن الواحد من السراق حامل لهم فصار كما لو حملوا المتاع على دابة أو استأجروا من يحمله .

٢٩٣٥١ - فإن قيل : فعل الدابة ينسب إليهم وفعل الحامل لنفسه .

٢٩٣٥٢ - قلنا : بل (٣) يقع لهم . لأنه معين لهم في الحمل ، وعمل المعين (٤) يقع لمن أعانه كعمل الأجير . ولأن الحدود تتعلق بالمقصود من كل نوع ، وليس المقصود في السرقة حمل [الأحمال] (٥) ، وإنما المقصود هتك الحرز ، والتمكن من أخذ المال ، ولهذا يحمل المال أصاغرهم .

٢٩٣٥٣ - ولا يلزم من نقب البيت الحرز ووقف عند البيت يحميهم (٦) لأن هذا لم يهتك الحرز .

٢٩٣٥٤ - فإن قيل : هتك الحرز يقع بنقبه .

---

(١) وذلك إذا أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم . انظر : تبيين الحقائق (٢١٤/٣) ، ودرر الحكام (٧٩/٢) ، والبحر الرائق (٥٤/٥) . ووجوب القطع على سبيل الاستحسان . وفي القياس : لا يقطع إلا المباشر . وهو قول زفر . بدائع الصنائع (٦٧/٧) ، وفتح القدير (٣٩٠/٥) ، والمبسوط (١٤٩/٩) . وهو مذهب هي الحنابلة . انظر : شرح منتهى الإرادات (٣٧٠/٣) ، ومطالب أولي النهى (٢٣٣/٦) .

(٢) انظر : الأم (١٦١/٦) ، وروضة الطالبين (١٣٤/١٠) . وذهب المالكية : إلى أنه لا يقطع أحدهم إذا كانت السرقة خفيفة يستطيع أحدهم حملها وحده ، ولم ينب كل واحد منهم نصابا . وإن كانوا لا يستطيعون إخراجها إلا جماعة أو منفردين ، وناب كل واحد منهم نصابا وجب القطع . لأنهم حينئذ كسارق واحد . انظر : منح الجليل شرح مختصر خليل (٣٠٣/٩) ، وحاشية الدسوقي (٣٣٥/٤) .

(٣) ساقطة من (ص) .

(٤) في (م) : [العين] .

(٥) في (م) : [الملك] .

(٦) في (م) : [بجميعهم] .

٢٩٣٥٥ - قلنا : بل بدخوله . بدلالة : أن باب الدار إذا كان مفتوحا فدخله السارق وجب عليه القطع بأخذ المال وإن كان لم يهتك ذلك بفتحه ونقبه . فعلم أن الدخول هو الهتك الذي يتعلق به الحكم .

٢٩٣٥٦ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [١] .

٢٩٣٥٧ - قالوا : والسارق من أخذ المال مستخفيا ، وهذا لم يأخذ شيئًا .

٢٩٣٥٨ - قلنا : هذا آخذ . لأن فعل الحامل يقع له ، وأكثر ما في الآية [٢] أن تدل على وجوب القطع على الآخذ ، ولا تنفي القطع عن غيره .

٢٩٣٥٩ - قالوا : حد فيجب على المباشر دون المعاون كحد الزنى .

٢٩٣٦٠ - قلنا : المقصود من الزنى اللذة ، وذلك لا يوجد في المعاون ، والمقصود من السرقة حصول المال على وجه مخصوص ، وذلك موجود إذا حمل المال له غيره .

٢٩٣٦١ - قالوا : فعل يتعلق به قطع طرف ، فلا يقطع به غير المباشر كقطع اليد الذي يتعلق به القصاص .

٢٩٣٦٢ - قلنا : يبطل بالمكره على أصلهم ؛ ولأن العقوبة التي هي القصاص تتعلق بالمقصود ، والمباشر هو الفاعل لما يقصد بالخيانة والقهر والغلبة هو المقصود في مسألتنا . فإذا حصل أخذ المال له تعلق به القطع .

٢٩٣٦٣ - قالوا : لم يأخذ من الحرز شيئا فصار كما لو وقف خارج الحرز .

٢٩٣٦٤ - قلنا : الآخذ آخذ له ، وقد وجد فيه التمكين . والأخذ مضاف إذا حمل على الدابة .

• • •

---

(١) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

(٢) في (ص) : [لآية] .



مسألة ١٤٥٧

السرقة من غير الحرز ولا الحافظ

٢٩٣٦٥ - قال أصحابنا : إذا سرق [جلولا] [١] فيه متاع من غير حرز ولا حافظ عنده لم يقطع [٢] .

٢٩٣٦٦ - وغلط المخالفون علينا فقالوا عنا : إنه لا يقطع وإن كان عنده حافظ [٣] ، وليس كما ظنوا ، وإنما قلنا : إنه لا يقطع . لأنه أخذه من غير حرز وليس كذلك إذا [سقط] [٤] فأخذ منه المتاع ؛ لأنه حرز لما فيه فصار الأخذ من حرز فيقطع [٥] .

٢٩٣٦٧ - وقد قال أصحابنا : في هذه المسألة : إن سارق [العدل] [٦] آخذ للحرز فصار كمن أخذ باب الدار [٧] .

٢٩٣٦٨ - قالوا : لا نسلم ذلك ؛ لأن الباب محرز بنقبه في الحائط .

٢٩٣٦٩ - قلنا : [أصله] [٨] إذا نصب خيمة في الصحراء فسرقها لم يقطع ؛ لأنه حرز لما يكون فيها . فإذا سرقها لم يقطع كذلك في مسألتنا .

* * *

(١) هكذا في (ص) وفي (م) : [عدل] . ولعل صحة العبارة [جوالقا] وشهد لذلك أن الكلام في المسألة مبني عليها . والجوالق : هو الوعاء . انظر : مختار الصحاح مادة (جلق) .

(٢) انظر : مجمع الأنهر (٦٢٣/١) ، والبحر الرائق (٦٦/٥) . والجامع الصغير صـ٢٩٧ .

(٣) يقصد بالمخالفين هم الشافعية . والذي نقل مذهب الحنفية في هذه المسألة الماوردي حيث قال : (إن أخذ جميع الوعاء لم يقطع وإن أخذ مما في الوعاء قطع ، ولم يتعرض لذكر الحافظ عندها) . انظر : الحاوي (١٤٤/١٧) .

(٤) في (م) : [سقه] .

(٥) انظر : المبسوط (١٥٦/٩) ، وتبيين الحقائق (٢٢٤/٣) .

(٦) هكذا في (ص) و (م) ولعل صحة العبارة [الجوالق] .

(٧) انظر بدائع الصنائع (٧٤/٧) .

(٨) في (م) : [وصله] .

مسألة ١٤٥٨

[مناول السارق المتاع لمن هو خارج الحرز]

٢٩٣٧٠ - قال أصحابنا : إذا دخل السارق فأخذ المتاع وناوله للآخر من خارج الحرز لم يقطع [١] .

٢٩٣٧١ - وقال الشافعي : يقطع [٢] .

٢٩٣٧٢ - لنا : أنه انفصل عن الحرز ؛ وليس له يد على المال مشاهد فصار كما لو استهلك المال في الحرز ثم خرج ولا يلزم إذا حمل المال أحد السراق ؛ لأن فعل أحدهم كفعلهم فكل واحد منهم له يد على المال عند انفصاله من الحرز ، شاهده كما لو حمله على الدابة .

٢٩٣٧٣ - فإن قيل : فيد الخارج السارق قد انفصل من الحرز [والمال] في حكم يده .

٢٩٣٧٤ - قلنا : إذا اجتمع السارقان [٣] في الحرز فحمل أحدهما وخرج الآخر معه فيده ثابتة مشاهدة ، وإذا ناوله عنه فعند الانفصال له يد حكمية ، ولا يجب القطع كما لو أودع المال عند رجل في الحرز ثم خرج . ولأنه انفصل من الحرز والمتاع مفقود في الحرز فصار كما لو استهلكه في الحرز وخرج .

٢٩٣٧٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [٤] .

٢٩٣٧٦ - قلنا : عموم الآية مخصوص بما ذكرنا .

٢٩٣٧٧ - قالوا : سرق نصابا مقدرا من حرز مثله .

٢٩٣٧٨ - قلنا : لا نسلم انتفاء [٥] الشبهة . لأنه مشترك [٦] في الأخذ الخارج ، ولا قطع عليه فيكون ذلك شبهة في حقه .

---

(١) هذا عند أبي حنيفة ﷺ وعند أبي يوسف ومحمد يقطع الداخل منهما ولا يقطع الخارج إذا لم يدخل يده إلى الحرز . لأن الداخل لما ناوله المال . فقد أقام يده مقام يده فكأنه خرج والمال في يده . انظر : بدائع الصنائع (٦٥/٧) ، والجوهرة النيرة (١٦٨/٢ - ١٦٩) . والمبسوط (١٤٧/٩) . فتح القدير (٣٨٨/٥) .

(٢) انظر : تحفة المحتاج (١٤٦/٩) ، وأسنى المطالب (١٤٧/٤) ، وحاشية الجمل (١٤٨/٥) . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : التاج والإكليل (٤٢١/٨) ، والمدونة (٥٣٢/٤) . شرح منتهى الإرادات (٣٧١/٣) ، وكشاف القناع (١٣٣/٦ - ١٣٤) . والفروع (١٢٨/٦) .

(٣) في (م) : [السارق] .

(٤) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

(٥) في (م) : [أسيا] .

(٦) في (م) : [شاركه] .

٢٩٣٧٩ - قالوا : قد قلتم : إنه لو رمى المتاع ثم خرج فأخذه قطع وإن كان انفصل من الحرز ولا يد له عليه . فأما إلقاء المال لا يزيل اليد . لأنه لم تحدث عليه يد أخرى . فهو في يد السارق .

٢٩٣٨٠ - قالوا : فهي يد حكمية .

٢٩٣٨١ - قلنا : بل في حكم المشاهدة ؛ لأن المسألة محمولة على أنه ألقاه بحيث يقرب منه ويكون حافظا له ، وهذا في حكم اليد المشاهدة .

* * *



مسألة ١٤٥٩

[سرقة القرون]

٢٩٣٨٢ – روى بشر بن الوليد [١] في نوادره [٢] عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال: لا قطع في القرون معمولة: وغير معمولة [٣]. وقال أبو يوسف: إذا كانت معمولة قطعت فيها.

٢٩٣٨٣ – وذكر المخالفون هذه المسألة. قالوا: القرون كالشعر والصوف وقالوا: إن كانت توجد مباحة وجب أن يقطع في معمولها كما يقطع في معمول الخشب [٤].

٢٩٣٨٤ – وهذه المسألة اختلف قول أبي حنيفة وأبي يوسف لاختلاف السؤال. فأبو حنيفة أجاب في قرون الميتة فلا يجب القطع فيها؛ لأنه اختلف في كونها مالا، وفي جواز بيعها فمعمولها [٥] وغير معمولها سواء. فأما قرون المذكاة فيجب فيها القطع إذا عملت.

٢٩٣٨٥ – فإن قيل: فقد قال: أبو حنيفة أقطع في العاج إذا عمل ولا أقطع فيه قبل العمل.

٢٩٣٨٦ – قلنا: العاج الذي من الفيل يقطع في معموله وغير معموله. لأنه لا يوجد مباحًا ولم يعرف أبو حنيفة الخلاف فيه، والذي يختلف بالعمل وغيره العاج [٦] المتخذ من عظام الجمال فلا يجب القطع [فيما لم] [٧] يعمل منه؛ لأنه يوجد [٨] مباحا فإذا عمل صار كالخشب المعمول.

---

(١) هو: بشر بن الوليد بن خالد الكندي الحنفي. ولد سنة خمسين ومائة. سمع من مالك وحماد وأبي يوسف وبه تفقه. وروى عنه: موسى بن إسحاق الأنصاري. وولي القضاء بمعسكر المهدي. مات سنة ثمان وثلاثين ومائتين. انظر: الجرح والتعديل ٣٦٩/٢، وسير أعلام النبلاء (٦٧٣/١٠ - ٦٧٥) الثقات (١٤٣/٨).

(٢) نوادر بشر بن الوليد: هي أحد النوادر الثمانية التي ألفت في مذهب الحنفية، وهي مسائل مروية عن مذهب أبي حنيفة مما لم يذكر في كتب ظاهر الرواية. انظر: كشف الظنون(١٢٨٢/٢).

(٣) لم نقف على هذه الرواية بعينها، ولكننا وجدنا مذهب أبي حنيفة هكذا. والفتاوى الهندية (١٧٦/٢).

(٤) مذهب الشافعية القطع بسرقة القرون إذا بلغت نصابا. وكانت محرزة. وحرز صوفها ولبنها وشعرها ووبرها هو حرز الدواب. انظر: روضة الطالبين (١٢١/١٠) وحاشيتي قليوبي وعميرة (١٩٤/٤)، ومغني المحتاج (٤٧٨/٥).

(٥) في (م): [بمعمولها].

(٦) في (م): [والعاج].

(٧) في (م): [فيهما ما لم].

(٨) في (م) لا يوجد.



[السرقة من الحمام]

٢٩٣٨٧ - قال أصحابنا : السارق من الحمام في الوقت الذي يفتح لدخول الناس لا قطع عليه (١) .

٢٩٣٨٨ - وقال الشافعي : إذا كان فيه ثياب عندها حافظ قطع سارقها (٢) .

٢٩٣٨٩ - لنا : أن الحمام حرز مأذون في دخوله [من جهة آدمي] (٣) فملك الأذن فلا يجب على المأذون له القطع بالسرقة منه كالضيف .

٢٩٣٩٠ - ولا يلزم المسجد ؛ لأنه ليس محرز في نفسه ، ونحن قلنا : حرز مأذون في دخوله ، ولأن هناك الإذن من جهة الله تعالى ، ونحن قلنا : مأذون في دخوله من جهة الضيف .

٢٩٣٩١ - فإن قيل : الضيف إذا سرق من المكان المأذون له في دخوله لم يقطع ؛ لأن ما فيه غير محرز عنه ، فلو كان في الدار بيت مقفل ففتحه (٤) وأخذ منه قطع .

٢٩٣٩٢ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن البيت والدار حرز واحد . بدلالة أن السارق إذا أخذ من البيت وخرج إلى الدار لم يقطع حتى يخرج من الدار . وإذا كان الجميع حرز واحد فسقوط القطع في بعضه يسقط في نفسه .

٢٩٣٩٣ - ولأن الحمام حرز في نفسه . بدلالة : أنه بيت كالدور . وبدليل أنه لو سرق منه ليلا يقطع (٥) . وكذلك إذا سرق منه قبل عمارته والإذن في دخوله ، والحافظ

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (٢٢٠/٣) ، والجوهرة النيرة (١٦٨/٢) ، والمبسوط (١٥٠/٩) . والعناية (٣٨٦/٥) . ومجمع الأنهر (٦٢١/١) . وفتح القدير (٣٨٥/٥) ، وحاشية ابن عابدين (٩٨/٤) . وغنية ذوي الحكام (٨١/٢) . وهي رواية عن الحنابلة . والإنصاف (٢٧٢/١٠) .

(٢) انظر : الأم (١٦٠/٦) ، وحاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج (٤٥٠/٧) ، وحاشية الجمل (١٤٥/٥) ، والمهذب (٢٧٩/٢) وحاشية البجيرمي على الخطيب (٢٠١/٤) . وهو مذهب المالكية والحنابلة والظاهرية . انظر : المدونة (٥٣٣/٤) ، والمنتقى (١٦٣/٧ - ١٦٤) . والإنصاف (٢٧٢/١٠) ، ومطالب أولي النهى (٢٣٧/٦) . والمحلى (٣١٣/١٢) .

(٣) في (م) : [ولأنه هناك الأذن من جهة الله تعالى] .

(٤) في (م) بفتحه .

(٥) ساقط من (م) .

إنما يصير به ما ليس بحرز حرزًا . فأما الإحراز فوجود الحافظ فيها كعدمه ، ثم ثبت أن السارق لما ليس عنده حافظ يقطع . وليس كذلك المسجد ؛ لأنه ليس بحرز في نفسه فصار حرزا بحافظه .

٢٩٣٩٤ - احتجوا : بقصة صفوان ، وقد بينا الفرق بين المسجد والحمام .

* * *



[إذا سرق ولم يخرج من الحرز حتى أخذ]

٢٩٣٩٥ - قال أصحابنا : إذا دخل السارق النقب وسرق المتاع خارج الحرز ولم يخرج بنفسه حتى أخذ فلا قطع عليه [١] .

٢٩٣٩٦ - وقال الشافعي : يقطع [٢] .

٢٩٣٩٧ - لنا أنه أخذ قبل مفارقة الحرز ، فصار كما لو أخذ والمتاع معه ، ولأن من لا يجب عليه القطع إذا كان المتاع في يده ، لا يجب عليه إذا لم يكن في يده كالضيف ؛ ولأن انفصال السارق من الحرز مقصود في السرقة وإخراج المال ، فإذا اعتبر في وجوب القطع خروج المال ؛ كذلك خروج السارق .

٢٩٣٩٨ - احتجوا : بأن الحرز حرز للمال ، وقد أخرج المال ، فلا معتبر بالسارق .

٢٩٣٩٩ - قلنا : الحرز للمال مقصود وللسارق [٣] الانفصال مع المال ، فإذا لم ينفصل لم يكمل مقصود بالسرقة ، والحدود تجب بمقصود النوع .

* * *

---

(١) انظر : المبسوط (١٤٧/٩) ، والفتاوى الهندية (١٨٠/٢) ، وفتح القدير (٣٨٧/٥) .

(٢) انظر : الحاوي (١٥٩/١٧) .

(٣) في (م) : [السارق] .



مناولة السارق المال للغير

٢٩٤٠٠ - قال أصحابنا : إذا ناول السارق المال لغيره ثم خرج من الحرز ، فلا قطع عليه [١] .

٢٩٤٠١ - وقال الشافعي : يجب عليه القطع [٢] .

٢٩٤٠٢ - لنا : أنه انفصل من الحرز ولا يد له على المال ، فصار كمن أتلف المال في الحرز ؛ لأنه شارك في الفعل من لاقطع عليه ، وما سقط بالشبهة إذا شارك في شبهة من لا يجب عليه بنفس الفعل عن الشريك كالخاطئ والعامد ، ولأنه لو قدم المتاع من البيت إلى النقب فأخذه الآخر لم يقطع ؛ لأنه لا يد له عند الخروج عليه كذلك في مسألتنا .

٢٩٤٠٣ - احتجوا : بأنه سرق نصابًا مقدرًا من حرز مثله لا شبهة له فيه وهو من أهل القطع .

٢٩٤٠٤ - قلنا : لا نسلم عدم الشبهة ؛ لأن زوال يده عن المال عندنا و [٣] مفارقة الحرز شبهة .

* * *

---

(١) انظر : المبسوط (٩/١٤٧ - ١٤٨) ، وعبارته : فإن ناول صاحبًا له على الباب ، لم يقطع واحد منهما ؛ لأن الذي وقف خارج البيت لم يدخل الحرز والآخر لم يخرج المال .

(٢) انظر : نهاية المحتاج شرح المنهاج (٤/٤٥٨) ، وعبارته : (ولو) (تعاونا في النقب وانفرد أحدهما بالإخراج أو وضعه ناقب بقرب النقب فأخرجه آخر) ناقب أيضًا وقوله : أو وضعه) عطف على وانفرد ، فيفيد أن المخرج شريك في النقب (قطع المخرج) فيهما . والثاني يقطعان لا شتراكهما في النقب والإخراج ، كذا وجهه الرافعي .

(٣) ساقطة من (م) .



[إقرار العبد بالسرقة]

٢٩٤٠٥ - قال أبو حنيفة : العبد المحجور عليه إذا أقر بسرقة مال في يده قطع ، ودفع المال إلى المسروق منه [١] . وهو [أحد قولي الشافعي] [٢] .

٢٩٤٠٦ - وقال في القول الآخر : يقطع والمال للمولى [٣] .

٢٩٤٠٧ - لنا : أن من قبل إقراره في القطع قبل في دفع المال كالحر ؛ لأن إقرار العبد بما يوجب الحد ينفذ وإن تلف به مال المولى ، بدلالة : تلف نفسه إذا أقر بالردة ، ولأنا لو حكمنا بالملك للمولى لم يجز أن يقطع فيه كما لو سرق مال المولى .

٢٩٤٠٨ - احتجوا : بأن ما في يد العبد كما في يد المولى ؛ لأن يده كيده ، ولو أقر بسرقة مال في يد المولى لم يلزمه تسليمه كذلك ما في يده .

٢٩٤٠٩ - قلنا : إذا لم ينفذ الإقرار فيما في [٤] يد غير المقر لم يدل ذلك على أنه لا ينفذ فيما في يده ؛ يدلك عليه أنه لو أقر على عبد المولى بسرقة لم يقطع فيها ؛ فكذلك لم يجب تسليمها .

٢٩٤١٠ - قالوا : إذا أقر بسرقة ما دون العشرة لم يجب تسليمه ؛ لأن مال المولى كذلك العشرة .

٢٩٤١١ - قلنا : ما دون العشرة مختلف [٥] في تعلق القطع به ، فلا يلزم تسليمه ، والعشرة متفق على وجوب القطع فيها فإذا قبل إقراره في القطع قبل في رد المال .

---

(١) انظر . البحر الرائق (٧١/٥) ، والعناية شرح الهداية (٤٠٩/٥) . ومجمع الأنهر (٦٢٧/١) ، وفتح القدير (٤١٠/٥) ، وغنية ذوي الأحكام (٨٣/٢) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) . ومستدرك في الهامش .

(٣) واختلف أصحابه في محل القولين . فمنهم من قال : كلما إذا كان المال المسروق باقيا في يد العبد . فأما إذا كان تالفا . فلا يقبل إقراره قولا واحد في حق المولى . بل يتعلق بذمته إلى أن يعتق . ومنهم من قال : القولان إذا كان المسروق تالفًا . أحدهما : يقبل على المولى فتباع رقبته والثاني : لا يقبل فيتعلق بذمته إلى أن يعتق . فأما إذا كان المسروق باقيا في يده فلا يقبل على المولى قولا واحدًا . ومنهم من قال : القولان في الحالين سواء كان المسروق باقيًا أو تالفا . انظر : البيان (٤٨٩/١٢ - ٤٩٠) ، والمهذب (٣٤٤/٢) ، والحاوي ، ٢١٩/١٧ - ٢٢٠) .

(٤) ساقطة من (ص) .

(٥) في (م) : [فخلف] .

مسالة ١٤٦٤

[السرقة من السارق]

٢٩٤١٢ - قال أصحابنا : إذا سرق السارق من السارق لم يقطع [١] .

٢٩٤١٣ - وقال أصحاب الشافعي فيه وجهان [٢] .

٢٩٤١٤ - لنا : أنه أخذ يستقر به الضمان فلا يقطع فيه كالأخذ لما دون النصاب ولأنه أخذ لا يقطع فيه الردء فلم يقطع المباشر كأخذ الغاصب والمنتهب ، ولأن يد السارق ليست يد ملك ولا أمانة ، ولا يثبت لصاحبها حكم الملك ، فخرجت من أقسام الأيدي . فصار الأخذ منها كالأخذ من الطرقات ، وأما السارق من الغاصب فيقطع [٣] .

٢٩٤١٥ - وقالوا في أحد الوجهين : لا يقطع .

٢٩٤١٦ - لنا : أنه سارق من يد صحيحة بدلالة أنها يد يتعلق بها الضمان فصار كما لو سرق المبيع من البائع [٤] .

٢٩٤١٧ - احتجوا : بأن من لا يقطع إذا سرق من السارق لا يقطع إذا سرق من الغاصب كالمالك

٢٩٤١٨ - [قلنا] يد السارق يختلف في تعلق الضمان بها ، وهي يد منعة فلذلك لم يجب القطع بالسرقة منها فيد [٥] الغاصب يد مجمع على تعلق الضمان بها .

٢٩٤١٩ - ولو كانت يدًا صحيحة فلذلك وجب قطع السارق منها .

---

(١) انظر : فتح القدير ، والبحر الرائق (٦٩/٥) . الفتاوى الهندية (١٧٨/٢) ، ومجمع الأنهر (٦٢٤/١) ، والدر المختار (١٠٨/٤ - ١٠٩) ، والجوهرة النيرة (١٧٠/٢) . والبحر الرائق (٦٩/٥) . والمبسوط (١٤٥/٩) . وهو مذهب الحنابلة . انظر : شرح منتهى الإرادات (٣٦٨/٣) ، ومطالب أولي النهى (٢٢٩/٦) .

(٢) أحدهما : أنه يقطع بعد قطع السارق الأول . ثانيهما : لا يقطع ؛ لأنه في غير حرز مستحق فصار كغير المحرز . وهو الأصح . انظر : الحاوي (١٨٢/١٧) . وشرح المحلي على المنهاج (١٩٥/٤) ، وتحفة المحتاج (٤٣/٩) ومغني المحتاج (٤٨٤/٥) . والبيان (٤٧٨/١٢) . وذهب المالكية إلى أنه يقطع السارق الثاني . والمدونة الكبرى (٥٢٩/٤) ، وحاشية الصاوي (٤٦٩/٤) .

(٣) انظر مجمع الأنهر (٦٢٤/١) ، والهداية (١٢٧/٢) . وقال زفر : لا تقطع . انظر : تبيين الحقائق (٢٢٨/٣) .

(٤) انظر المبسوط (١٤٤/٩) .

(٥) في (م) : [ويد] .

فهرس المجلد الحادي عشر

الموضوع الصفحة

كتاب الجنايات

كتاب الديات

كتاب قتال أهل البغي

كتاب الحدود

كتاب السرقة

• • •